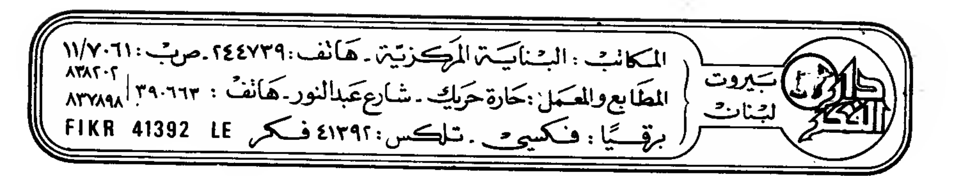


المولوى محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البناية للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصولاً بينها بخط.

الجزء الثامن

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع



قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها

دار الفكر ببيروت

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المسهمون في إخراج هذا الكتاب

مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر



كتاب أدب القاضي

(كتاب أدب القاضي)

أي هذا كتاب في بيان أدب القاضي . والأدب الخصال الحميدة ، سميت به لانهـا تدعو إلى الخيرات والحسنات ، من الادب بسكون الدال، وهو الدعاء قال طرفة الشاعر:

نحن في المشـاة ندعو الجفلى لا ترى الادب فينـا يفتقر

والادب فاعل من أدب يأدب أدباً ، إذا دعـاه ، وسمي الادب أدباً لانه يدعو الناس إلى المحامد ، وعن أبي يزيد الادب يقع على رياضة محمودة ، فيخرج بهـا الانسان في فضيلة من الفضائل ، والمراد من أدب القاضي هو الخصال المدعو اليها ، والقضاء يستعمل في أشياء ، ويراد به في الشرع الإلزام ، وقيل القضاء الحكم .

وقال ابن أبي قتيبة ، القضاء يجيء لمعان مختلفة كلها تعود إلى واحد أصله الحتم والفراغ عن الامر ، وبه يجري الفـاظ القرآن . وفي الشرع يراد به الإلزام ، وفصل الخصومات وقطع المنازعات ، وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم عن المظلوم ، وأصله قضاي ، لانه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعـد الالف همزت ، كرداء أصله رداي . ولما كان وضع القضاء لفصل الخصومات ، وتنفيذ الاحكام ، واكثر الخصومات يقـع في البياعات والديون ، ذكر بعدها كتاب القضاء لمساس الحاجة إلى القضاء .

وفي الزاد القضاء فريضة محكمة وشرعية متبعة ، وعبادة شريفة لاجـل ذلك ، أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام الخلافة بقوله ﴿ إني جاعـل في الارض خليفة ﴾ ٣٠ البقرة ، ولداود عليه السلام بقوله تعالى ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة ﴾ ٢٦ ص، وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبياء عليهم السلام ، ثم القضاء مشروع بالكتاب كما ذكرنا ، وبالسنة لمـا روي أنه عليه أفضل الصلاة والسلام قال ، إذا اجتهد الحاكم فأخطأ ، فـله أجر ، وإن

قال ولا تصح ولايـــة القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد

أصاب فله أجران ، وحديث معاذ لما بعثه النبي ﷺ ظاهر وبالإجماع وهو ظاهر وبالمعقول وهو أن في القضاء الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ودفع الظلم عن المظلوم ، ودفـع التهارج ، وقطع المنازعات ، وفصل الخصومات ، والكل حسن عقيلاً وهو فرض كفاية بالاجماع ، وإن لم يصلح للقضاء إلا واحد ، تعين عليه ووجب عليه بالإجماع .

(قال) أي القدوري (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى) بفتـح اللام إسم مفعول من التولية ، وإنما قال المولى ولم يقل المتولي ليكون فيه دلالة على تولية غيره إياه بدون طلبه (شرائط الشهادة) وهي الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والعـدالة ، لأن مبنى القضاء على حكم الشهادة (ويكون) بالنصب عطفاً على قوله حتى يجتمع (من أهـل الاجتهاد) الصحيح عندنا أن هذا شرط الأولوية ، لا شرط الجواز ، وقيل شرط الجواز واليه مال صاحب شرح الاقطع .

وفي وجيز الشافعية ، لا بد للقضاء من صفات ، وهو أن يكون ذكراً حراً ، مجتهداً ، بصيراً عدلاً ، فلا يجوز قضاء المرأة ، والأعمى ، والصبي ، والفاسق ، والجـاهل ، والمقلد انتهى . وقد ذكر محمد « رح » في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً . وذكـر الخصاف ما يدل على جوازه ، لأنه قال القاضي يقضي باجتهاد نفسه إذا كان له رأي ، فإن لم يكن له رأي ، وسأل فقيهاً ، أخذ بقوله . والدليل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز مـا أخرجه أبو داود عن شريك « رح » عن سماك « رح » ، عن حنش عن علي رضي الله تعالى عنه ، قال بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً ، فقلت يا رسول الله ، ترسلني وأنا حديث السن ولا عـــلم لي بالقضاء ، فقال إن الله سيهدي قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان ، فـــلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء ، قال فما زلت قاضياً ، ومـا شككت في قضاء بعد ، ورواه الحاكم « رح » أيضاً في مستدركه ، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجـاه ، وعلي لم يكن حينئذ من أهل الإجتهاد

وقال الاستروشني في فصوله ، قال بعضهم إذا كان صوابه أكثر من خطأه حــل له الاجتهاد ، وقاله البستني في أصوله . قــال بعض أصحابنا إذا كان عالماً في مسألة تعرف حقيقتها ، ولا يخفى عليه دقيقها يكون من أهل الاجتهاد في تلك المسألة ، وأمـا المجتهد الذي ذكره أهل الأصول ، فهو أن يكون عالماً بالنصوص من الكتاب والسنة مما يتعلق به الأحكام الشرعية ، ولا يشترط أن يكون عالماً بجميع مـا في الكتاب والسنة ، وهذا عزيز ، والرخصة في ذلك أن يكون بحــال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التي تتعلق بها الأحكام ، ويشترط أيضاً أن يكون عالمــاً بوجوه العمل بالكتاب والسنة والاجماع على ما عرف في أصول الفقه . وإذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهداً ، ويجب عليه العمل باجتهاده، ويحرم عليه تقليد غيره ، كذا في الميزان.

وقال صدر الإسلام البزدوي في أصوله ، وأهل الاجتهاد من يكون عالمـاً بالكتاب ناسخه ومنسوخه ، وعالماً بالسنن ناسخها ومنسوخها ، وعالمـاً بمعاني الكتاب والسنن التي هي أقيسه . وإلى هذا أشار محمد « رح » في كتاب الحدود ، وبعضهم قالوا يجب أيضاًأن يكون عالمــاً بعرف بلده وكلامهم ولغتهم من الصريح والكناية . والصحيح أن أهل الاجتهاد في مسائل الفقه ، من يكون عالمـاً بدلائل الفقه ، وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، والقياس،إلىهنا لفظ صدر الإسلام ، وأما المفتي ، فقد قال صدر الإسلامالبزدوي في أصوله أجمع الفقهاء والعلماء ، أن المفتي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ، فإنهلايقدر أن يفتي الناس إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ، فإنه يحتاج إلى الاجتهاد لا محـالة ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ، لا يحــل له أن يفتي إلا بطريق الحكاية ، فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء ، ولا يحل له أن يفتي فيما لا يحفظ فيه قولاً من أقوال المتقدمين ، إلى هنـا لفظ صدر الإسلام .

(أما الأول) يعني اشتراط شرائط الشهادة وقد ذكرناها (فلأن حكم القضاء يستقى) أي يستفاد ، وهكذا وقع في نسخة شيخي بلفظ يستفاد في الكتاب. وقال تاجالشريعة « رح » يستقى من حكم الشهادة ، أي يؤخذ ويستنبط ويستخرج ويستفاد بطريق ترشيح

من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهمـــا في باب الولاية ، فكل من كان أهـلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء ، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضـــاء . والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح ، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد ، كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ، ولو قبل جاز عندنا .

الاستعارة ، لمشابهة العلم بالماء ، إذ به حياة الأرواح ، كما أن بالماء حياة الأشباح (من حكم الشهادة لأن كل واحـــد منهما) لأنه مبنى القضاء على الشهادة كما مر (من باب الولاية) إذ كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير ، ولأن كل واحد منها إلزام ، فالشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم .

(فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلا للقضاء) هـذا نتيجة ما قبله من الكلام ، وكذلك قوله (وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء) بل اشتراطها في القضاء اولى ، لان القضاء ولاية عامة (والفاسق أهـــل للقضاء حتى لو قلد يصح) أي تقليده (إلا أنلا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ،ولو قبل جاز عندنا) وقال الشافعي « رح » ومالك وأحمد « رح » لا يصح تقليده ، وبه قال بعض مشايخنا « رح » قلت الصواب معهم ، ولا سيا قضاة هذا الزمان . وقال أصبـــغ المالكي يصح ، ولكن يجب عزله. وفي وسيط الغزالي اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعــذر في عصرنا بخلو العصر عن المجتهد والعدلي ، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلا فاسقاً .

وفي خلاصة الفتاوي واختلفت الروايات في تقليد الفاسق للقضاء ، والأصح أنه يصح التقليد ، ولا ينعزل بالفسق ، ثم قال، قال في المحيط يستحق العزل عند عامـــة المشايخ « رح » إلا إذا شرط في التقليد انه متى جـاء ينعزل . وعند الشافعي « رح » ينعزل ، والإمام يصير إماماً مع الفسق ، ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف ، إلى هنا لفظ الخلاصة .

وفي نوادر هشام ، قال محمد « رح » لو فسق القاضي ثم تاب ، فهو على قضائه ،وحكي

ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخـــذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وعليه مشايخنا رحمهم الله.

عن الكرخي أنه ينعزل بفسقه . وعن علي المرازي صاحب أبي يوسف « رح » أنه ينعزل القاضي بفسقه ، ولا ينعزل الخليفة بفسقه إلى هنا لفظ كتاب الاجناس وقال فيه أيضاً ، وفي أدب القاضي للحسن بن زياد ، وفي قاضي خان مكث وهو عدم ، ثم فسق بعد ذلك وارتشى ، وقد كان قضى بقضايا ، قبل أن يفسق ، وبقضايا بعدما فسق أبطل كل قضية قضى بها ، بعدما فسق ، وانفذت القضايا التي قضي بها قبل أن يفسق . وقال أبو حنيفة « رح » لو أن قاضياً قضى بين الناس زماناً ، وأنفذ قضايا كثيرة ، ثم عـــلم أنه فاسق مرتش ، لم يزل منذ ولي على ذلك ، ينبغي للقاضي الذي يختصمون اليه أن تبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي إلى هنا لفظ الاجناس .

(ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخذ الرشوة) الرشوة بكسر الراء وضم الراء لغة فيه مأخوذة من الرشا بالمـــد ، فإن نازح البئر لا يتصل اليه إلا به ، فلذلك الإنسان لا يتوصل إلى مقصوده الحرام إلا بها والرشوة على أربعة أوجه :

منها مـــا هو حرام للآخذ والمعطى ، وهو الرشوة في تقليد القضاء ، فإنه لا يصير قاضياً بالرشوة بالإجماع سواء كان قضاؤه بحق أم بغير حق ، ومنها ما يأخـــذه القاضي على القضاء ، وهو حرام من الجانبين أيضاً ولا ينفذ قضاؤه بحق أو بغير حق ، ومنهاما يدفعها لخوف على نفسه أو ماله فهذا حرام على الاخذ لا الدافع ، ومنها مـــا لو دفعها ليستوي أمره عند السلطان ، حل الدفع ، ولا يحل الاخذ ، فلو أراد الاخذ أن يحـــل ، يستأجر الدافع الآخذ يوماً إلى الليل بما يريد أن يدفع اليه فإنه يجوز هـــذه الإجارة ، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هـــذا العمل ، وإن شاء استعمله في غيره . كذا في فتاوي قاضي خان « رح » وأدب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله (وغيره) أي أو في غير أخذ الرشوة كالزنا وشرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي (لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وعليه مشايخنا « رح ») أي علماء بخاري وسمرقند « رح » .

وقال الشافعي رحمه الله عليه الفاسق لا يجوز قضاؤه ، كما لا يقبل شهادته عنده . وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاءه ، وقال بعض المشايخ « رح » ، إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته ، فلم يكن راضياً بتقليده دونها ، وهل يصلح الفاسق مفتياً ، قيل لا ، لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ، وقيل يصلح لأنه يجتهد الفاسق حذاراً عن النسبة إلى الخطأ .

(وقال الشافعي « رح » عليه الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده) أي عند الشافعي « رح » (وعن علمائنا الثلاثة « رح »)وهو أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله (في النوادر انه لا يجوز قضاؤه) أي قضاء الفاسق ، كما هو مذهب الائمة الثلاثة « رح » .

(وقال بعض المشايخ « رح » إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق ، لان المقلد اعتمد عدالته ، فلم يكن راضياً بتقليده دونها) أي دون العدالة (وهل يصلح الفاسق مفتياً قيل لا) أي لا يصلح (لانه) أي لان الإفتاء (من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات) لان مبناه على الامانة والاحتراز عن الجناية ، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» (وقيل يصلح لانه) أي لان المفتي (يجتهد الفاسق) كل الجهد في إصابة الحق (حذاراً عن النسبة إلى الخطأ) وقال أبو العباس الناطقي « رح » في آخر أدب القاضي من كتاب الاجناس ، الفقيه إذا كان فاسقاً ، هل يجوز أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ « رح » ذكر محمد بن شجاع « رح » في نوادره سمعت بشر بن غياث « رح » يقول أرى الحجر على ثلاثة ، قاض فاسق ، وطبيب جاهل ، ومكار مفلس وقال محمد بن شجاع « رح » في قول نفسه ، لا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لانه يكره أن يخطئه الفقهاء ، فيجيب بما هو الصواب .

وأما الثاني ، فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية ، فأما تقليد الجاهل ، فصحيح عندنا ، خلافاً للشافعي رحمة الله عليه ، وهو يقول أن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ، ولا قدرة دون العلم ، ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به ، وهو إيصال الحق إلى مستحقه ، وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه السلام ، من قلد إنساناً عملا وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ،

(وأما الثاني) أي الشرط الثاني في الولي ، وهو شرط الاجتهاد ، وقد مر الكلام فيه ، ولكن نتكلم في حل المتن (فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية) والمجتهد أحب من غيره (فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي « رح ») وبقوله قال مالك وأحمد « رح » (وهو) أي الشافعي « رح » (يقول أن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه) لأنه مأمور بالقضاء بالحق ، ولأمر بلا قدرة ، ولا قدرة بلا علم، وهو معنى قوله (ولا قدرة دون العلم) لأن الجاهل يخبط خبط العشو ، ولا يميز بين الحق والباطل (ولنا أنه) أي أن الجاهل (يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق إلى مستحقه) وفي بعض النسخ إلى المستحق .

فإن قلت روى أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ القضاة ثلاثة ، اثنان في النار ، وواحد في الجنة ، رجل عرف الحق فقضى به ، فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به ، وجار في الحكم ، فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ، فقضى للناس على جهل ، فهو في النار قيل له الحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله ولا يرجع إلى الغير .

(وينبغي للمقلد) بكسر اللام (أن يختار من هو الأقدر) على القضاء (والأولى) لعلمه ودينه وأمانته (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من قلد إنساناً عملا، وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين) روى الحاكم « رح » مستدركه

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه حاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ، ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له ، معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون صاحب قريحة ، مع ذلك

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ، قال رسول الله ﷺ من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك الاصابة من هو أرضى الله عنه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين . وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ورواه الطبراني « رح » في معجمه عن ابن عباس « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ من ولي من أمور المسلمين شيئاً ، فاستعمل عليهم رجلا ، وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين .

وروى أبو يعلى الموصلي « رض » في مسنده ، عن حذيفة « رض » عن النبي ﷺ قال أيما رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفطن منه ، فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين . فانظر إلى ملوك زماننا هذا ، كيف يولون قضاة ونواباً، مع علمهم أن في رعيتهم من هو أفضل منهم وأعلم وأدين ، وغالب توليتهم بالرشاء والبواطيل وقد روى أبو داود عن عبدالله بن عمر « رح » وقال لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي وروى الخصاف من حديث أبي هريرة « رض » عن النبي ﷺ انه قال لعن الله الراشي والمرتشي ، والراشي ملعون ، والراشي المعطى ، والمرتشي الآخذ ، والراشي الذي يسعى بينهما اليسوى أمره .

(وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه) أي في أصول الفقه لفخر الإسلام « رح » وغيره في باب معرفة المجتهدين ، وقد ذكرنا فيما مضى في هذا الباب مما فيه الكفاية (حاصله) أي حاصل ما قيل في حد الاجتهاد (أن يكون) أي الذي يدعي الاجتهاد (صاحب حديث له معرفة بالفقه ، ليعرف معاني الآثار أو صاحب) أي أو يكون صاحب (فقه له معرفة بالحديث ، لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون صاحب قريحة مع ذلك) .

يعرف بها عادات الناس ، لأن من الأحكام ما يبتنى عليها . قال ، ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه ، لأن الصحابة « رض » تقلدوه وكفى بهم قدوه ، ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف .

قال صاحب الجمهرة القريحة خالص الطبيعة ، ومنه اشتقاق القراح ، وهو الخالص الذي لم يمزج بغيره من السبخ ، وغيره في تهذيب الديوان قريحة البئر أول مائها ، والقريحة الطبيعةومنه يقال لفلان قريحة جيدة براه استنباط العلم وهي على وزن فعيلة بمعنى مفعولة إسم للبئر من قرحتها ، إذ حفرتها ثم سموا الماء بذلك لملابسته بينهما ، ثم قالوا فلان حسن القريحة ، إذا ابتدع شعراً أو خطبة أجاد فيهما ، فاستعاروها للطبع ، وهو من مستعار المجاز ، لأن أصل القرح الجرح والشق ومنه القارح ، وهو الفرس الذي قرح نابه أي شق.

(يعرف بها) أي بالقريحة (عادات الناس ، لأن من الأحكام ما يبتنى عليها) أي على العادات ، لأن العرف قد يغلب على القياس ، كما في الاستصناع جوزوا بخلاف القياس .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه) أي فرض القضاء وهو الحق ، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء عليهم السلام (لأن الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه) أي القضاء ، وروى أبو داود والترمذي وابن ماجة « رح » أن علياً رضي الله عنه تقلد القضاء من النبي ﷺ ، وروى البيهقي أيضاً أن أبا بكر رضي الله عنه ، استعمل عبدالله بن مسعود على القضاء وبيت المال ، وروى ابن سعد في الطبقات عن نافع لما استعمل عمر بن الخطاب « رح » زيد بن ثابت « رض » على القضاء فرض له رزقاً (وكفى بهم قدوة) أي كفى بالصحابة أسوة . قال الجوهري « رح » القدوة الاسوة ، يقال فلان قدوة يقتدى به ، وقد يضم فيقال لي بك قدوة وقدوة وقدوه (ولأنه) أي ولأن القضاء (فرض كفاية لكونه أمراًبالمعروف) والامر بالمعروف والنهى عن المنكر فرض .

فإن قيل قوله فرض كفاية يوجب الدخول فيه مستحب كما في صلاة الجنازة وغيرهما

قال ويكره الدخول فيه ، لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيـــه ، كيلا يصير شرطاً لمباشرته القبيح ، وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً ، لقوله عليه السلام، من جعل على القضاء، فكأنما ذبح بغير سكين .

قلنا نعم ، لكن فيه خطر عظيم ، وأمرة مخوف ، لا يسلم في بحره كل سائح، فبالنظر إلى كونه فرض كفاية وبالنظر إلى كونه متضمنا أمراً مخوفاً يكره ، فقلنا لعدم البأس .

(قال) أي القدوري « رح » (ويكره الدخول فيه) أي في القضاء (لمن يخـاف العجز عنه) أي عن القضاء وكره بعض العلماء « رح » أو بعض السلف « رح » الدخول فيه سواء ، وشقوا بأنفسهم أو خافوا عليها العجز عنه ، وفسروا الكراهة هنا بعـــدم الجواز . فقال الصدر الشهيد رحمه الله في أدب القاضي ، ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً .

ألا ترى أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً ، فلما كان في المرة الثالثة ، قال حتى أستشر اصحابي ، فاستشار أبا يوسف « رح » فقال أبو يوسف رحمه الله لو تقلدت لنفعت الناس ، فنظر اليه أبو حنيفة « رح » نظر الغضب وقـال ، أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت اقدر عليه ، وكأني بك قاضياً ، ويروى أنه قال أراك أن تبتلي بالقضاء ،وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد .

(ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطاً) أي كيلا يصير الدخول في القضاء وسيلة (لمباشرته القبيح) وهو الحيف في القضاء ، وإنما عين بلفظ الشرط لأنه أكثر مـا يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشاء، وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أوله علي مطالبته بكذا، فإن قضيت لي فلك كذا.

(وكره بعضهم الدخول فيه) أي في القضاء حال كونه (مختاراً لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من جعل على القضاء ، فكأنما ذبح بغير سكين) ورواه الحكم « رح »

في مستدركه وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه . رواه ابن عدي « رح » في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين ، وروي ذبح بسكين . وذكر الصدر الشهيد « رح » في أدب القاضي وجه التشبيه أن السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً ، والذبح بغير سكين ، ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك ، فإنه يؤثر في الباطن ، والقضاء لا يؤثر في الظاهر ، فإنه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك .

وكان شمس الأئمة الحلواني « رح » يقول لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي ، فقد حكي أن قاضياً روى له هذا الحديث ، فازدراه وقال كيف يكون هذا ، ثم دعى في مجلسه ممن يسوى شعره ، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه ، إذا هو عطس فأصابه الموسى ، والقى رأسه بين يديه ، وقد جاء في التحذير عنه آثار ، وقد اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله ، فصبر على الضرب واجتنبه كثير من السلف « رح » وقيد محمد رحمه الله نيفاً وثلاثين يوما أو نيفاً واربعين يوماً ، حتى تقلده هذا كله ليس بموجود في بعض النسخ ، وروايته موجودة في نسخة شيخ العلاء رحمه الله ، فلذلك أستدركه وكتبه على الحاشية ، وشرحه مضى عن قريب .

والذي ضرب أبا حنيفة « رح » على تركه القضاء ، هو أبو جعفر المنصور ثاني الخلفاء العباسيين ، وكان الذي قلد القضاء لمحمد « رح » هو الرشيد ثم عزله قوله . وقد جاء في التحذير ، أي عن الدخول في القضاء آثار أي أخبار كثيرة منها حديث أبي ذر رضى الله عنه ، رواه مسلم ان النبي ﷺ قال له يا أبا ذر «رض» إني أحب لك ما أحب لنفسى لا تامرن على اثنين ، ولا تولين مال يتيم . ومنها حديث ابن ابي بريدة « رح» عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ القضاة ثلاثة ... الحديث ، ومنها حديث رواه ابن حبان «رح »في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت النبي ﷺ يقول ، يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره .

(والصحيح أن الدخول فيه) أي في القضاء (رخصة طمعاً في إقامة العدل) قال

والترك عزيمـــة ، فلعله يخطيء ظنه ولا يوفق له ، أو لا يعينه على غيره ، ولا بد من الإعانة ، إلا إذا كان هو الأصـل للقضاء دون غيره ، فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد . قال وينبغي أن لا يطلب الولاية ، ولا يسألهـــا لقوله عليه السلام ، من طلب القضاء ، وكل إلى نفسه من أجبر عليه ، نزل ملك عليه يسدده ،

رسول الله ﷺ ، عدل ساعة خير من عبادة سنة . وروى مسلم عن عبدالله بن عمرو «رض» إن رسول الله ﷺ قال ، إن المقسطين في الدنيا على منابر من نور عن يمين الرحمن ، وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم وأهلهم وما ولوا (والترك) أي ترك القضاء (عزيمة) من العزم ، وهو الجد والصبر (فلعله يخطيء ظنه فلا يوفق له) يعني انه أراد أن يقضي بالحق في الابتداء في ظنه ثم لا يقدر عليه (أو لا يعينه غيره عليه ولا بد من الإعانة) أي على القضاء بالحق أنه ربما لا يمكنه القضاء في الأمر إلا باعانة غيره عليه ، ولعـــل غيره لا يعينه عليه (إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره ، فحينئذ يفـــترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد) .

هذا بلا خلاف بين الفقهاء كصلاة الجنازة إذا تعين واحـد لإقامتها يفترض ، ومعنى إخلاء العالم عن الفساد في الحدود والقصاص ، وقيد بقوله إذا كان هو الأهل للقضاء يعني وحده لأنه إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء ، فامتنع كل واحـد منهم عن الدخول فيه ، أثموا إن كان السلطان ، بحيث لا يفصل بينهم ، وإلا فـلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل ، اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى .

(قال) أي القدوري «رح» (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) أي لا يطلب ولاية القضاء بقلبه ولا يسألها بلسانه (لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده) هذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة «رح» من حديث أنس رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من سأل القضاء وكل إلى نفسه

ولأن من طلبه يعتمد على نفسه ، فيحرم، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ، ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل، لأن الصحابة « رض » تقلدوا من معاوية « رض » ، والحق كان بيد علي رضي الله عنه في توبته ، والتابعين تقلدوا من الحجاج

... الحديث ، ولفظة أبي داود « رح » في طلب القضاء ، كما في رواية المصنف « رح » وزاد عليه قوله ، واستعان عليه وكل اليه ، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكاً يسدده ، ولفظ الترمذي من ابتغاء القضاء وسأل شفعاً وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده قوله ، وكل على صيغة المبني للمفعول ، بتخفيف الكاف ، أي فوض أمره اليها ، ومن فوض أمره إلى نفسه، كان مخذولاً غيرمرشد إلى الصواب،لكون النفس أمارة بالسوء ، قوله يسدده أي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب .

(ولأن من طلبه) أي القضاء (يعتمد على نفسه) في الورع والعلم والفطنة ، فيصير معجباً ، فلا يلهم الرشد ، ويحرم التوفيق ، وهو معنى قوله (فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه) ومن يتوكل على الله فهو حسبه (فيلهم) أي الرشد والصواب (ثم يجوز التقلد) أي تقليد القضاء (من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا) أي القضاء (من معاوية « رض »)ابن أبي سفيان لما انفرد بالأمره وخالف علياً رضي الله عنه .

(والحق) أي والحال أن الحق (كان بيد علي رضى الله عنه في نوبته) أي في خلافته لأن الخلافة كانت له بعد عثمان رضي الله عنه بالنص ، وقيد بقوله في نوبته احترازاً عن مذهب الرافض ، فإنهم يقولون الحق مع علي « رض » ، في جميع نوب الخلفاء في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان « رض » ، ومع أولاده بعد علي « رض » ، وعند أهل السنة «رح» معاوية « رح » كان باغياً في نوبة علي رضي الله عنه ، وبعده إلى زمان ترك امير المؤمنين حسن « رض » الخلافة اليه فانعقد الإجماع على خلافة معاوية « رض » بعده (والتابعين) بالنصب عطفاً على قوله لأن الصحابة « رض » (تقلدوه) أي القضاء (من الحجاج)

وهو كان جائراً ، إلا إذا كان لا يمكنه القضاء بحق ، لأن المقصود لا يحصل بالتقلد ، بخلاف ما إذا كان يمكنه .

ابن يوسف الثقفي عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان ومات في رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين ، وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة ، ولما سمع الحسن البصري بموته سجد ، يعني شكراً لله تعالى وقال اللهم إنك قد أمته ، فأمت عنا سنة . وعن الحسن « رح » ايضاً أنه قال لو جاء كل أمة بخبيثها ، وجئنا به لغلبناهم ، وظلمه مشهور .

وتولى أبو الدرداء رضي الله عنه القضاء بالشام ، ولما مات وكان معاوية يستشيره ، واستشاره فيمن يولي بعده ، فأشار إليه بفضالة بن عبيدة الانصاري « رح » فولاه الشام بعده .

وقال البخاري « رح » في تاريخه الوسط بإسناده إلى أبي اسحاق « رح » قال كان أبو بريدة « رح » على الكوفة ، فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه ، وقال في موضع آخر حدثنا الحسن بن رافع حدثنا ضمرة قال استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى ، وأجلس معه سعيد بن جبير ، ثم قتل سعيد بن جبير ، ومات الحجاج بعده بستة أشهر ، ولم يقتل بعده أحداً .

وفي تاريخ أصفهان للحافظ بن نعيم ، في باب العين المهملة ، عبدالله بن أبي مريم الأموي ولي القضاء بأصبهان للحجاج ، ثم عزله الحجاج ، فأقام محبوساً بواسط ، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان ومات بها .

(وهو) أي الحجاج (كان جائراً) أي ظالماً شديد الظلم مشهوراً (إلا إذا كان) استثني من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر الا إذا كان (لا يمكنه من القضاء بحق) أي إلا إذا كان السلطان الجائر لا يمكنه من التمكين من الحكم بحق (لأن المقصود) وهو العمل بحق (لا يحصل التقلد) من السلطان الجائر (بخلاف ما إذا كان يمكنه) حيث يجوز له التقليد منه ، والضمير في ما كان يرجع إلى السلطان ويمكنه من التمكن .

قال ، ومن قلد القضاء يسأل عن ديوان القاضي الذي كان قبله ، وهو الخرائط التي فيها السجلات ، وغيرها ، وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء ، ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر ، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح ، لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولّى ،

(قال) أي القدوري « رح » (ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات) وفي المغرب الديوان الجريدة من دون الكتب ، أو أجمعها لأنها قطع في القراطيس مجموعة . ويروى أن عمر « رض » أول من دون الدواوين » أي رتب الجراية للولاة والقضاء ، وأصله بدون بتشديد الواو فعوض من إحدى الواوين ، لأنه يجمع على دواوين . ولو كانت الياء أصيلة لقالوا دياوين . وفسر المصنف الديوان بقوله وهو الخرائط ، جمع خريطة . قال الجوهري « رح » وعامة من الأدم وغيره بشرح علي فيها ، والسجلات جمع بجل ، وهو كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي (وغيرها) أي غير السجلات من المحاضر والصكوك ، وكتاب نصب الاوصياء ، وتقدير النفقات ، والقيم في أموال الوقف (لأنها) أي السجلات وغيرها (وضعت فيها) أي في الخرائط (لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء) وهو القوضي المولى ، لأنه يحتاج إلى معرفة ما فيها ، فكان له أخذها .

(ثم إن كان البياض) الذي كتب عليه السجلات ونحوها (من بيت المال فظاهر) أي يجبر المعزول على دفعه ، لأن ذلك إنما كان في يده لعلمه وقد صار العمل لغيره ، فلا يترك في يده ، أي وكذا يجعل في يد من له ولاية القضاء (وكذا إن [1] كان) أي البياض (من مال الخصوم) لأنه وضع عنده لصيانة حقوق الناس تديناً لا تمولاً في الصحيح احترز به عما قال المشايخ « رح » إذا كان البياض من ماله أو من مال الخصوم لا يجبر على الدفع لأنه ملكه أو وهب له وفي الصحيح يجبر (لأنهم وضعوها في يده لعمله ، وقد انتقل إلى المولى) بتشديد اللام المفتوحة .

---

(١) إذا كان — هامش .

وكــذا إذا كان من مال القاضي هو الصحيـح ، لأنه اتخذه تديناً لا تمولاً ، ويبعـث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينـه ويسألانه شيئاً فشيئاً ، ويجعلان كل نوع فيها في خريطة كيلا يشتبه على المولى . وهذا السؤال لكشف الحال للإلزام .

(وكذا) أي يجبر على الدفع (إذا كان) أي البياض (في مال القاضي هو الصحيح) إحترز به عن مثل ما مضى في الصورة الأولى (لأنه) أي لان القاضي المعزول (اتخذه تديناً) أي وضع عندهم بطريق الديانه والامانه (لا تمولاً) أي ما وضع عنده من حيث أن يتمول به (ويبعث) إلى القاضي الجديد المولى اثنين (أمينين ليقبضاها) أي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها ، والواحد يكفي والإثنان أحوط (بحضرة) القاضي (المعزول أو أمينه) أي لأمين من جهة المعزول .

(ويسألانه) أي يسألان المعزول (شيئاً فشيئاً) يعني واحداً بعد واحد (ويجعلان كل نوع منها في خريطة) وينسخ الاوصياء في خريطة ، وكل نوع في خريطة ، لأن هذه النسخ كانت في خريطة تحت يد المعزول ، فلا يشتبه عليه شيء من ذلك حتى احتاج اليه بخلاف المولى ، لأنه لا علم له بذلك ، فيجعل كل نوع في خريطة (كيلا يشتبه على المولى) شيء منها ، أي من السجلات وغيرها .

(وهذا السؤال) أي سؤال أموال الديوان والمحبوسين وسبب الحبس (لكشف الحال لا للالزام) لان قول المعزول ليس بحجة لالتحاقه بالعزل بواحد من الرعايا ، ومتى قبضنا ذلك ، يختمان ذلك احترازاً عن الزيادة والنقصان وهــذا ينبغي أن يكون في حق كل قاض . كذا في المحيط وفي أدب القاضي للصدر الشهيد .

وقال السكاكي « رح » قيل والسؤال يعني الاستعلام ، يتعـدى إلى المفعول الثاني بغير ، وهنا قال يسألانه شيئاً فشيئاً بدون عن واجيب بأن انتصاب شيئاً بعامل مضمر يدل عليه قوله يسألان ، تقديره يسألانه عن أحوال السجلات وكيفياتها ، أي يسألان شيئاً فشيئاً عنها ، ونقل الاكمل « رح » وجميـع ما قاله شيخه السكاكي « رح » ثم قال

قال ينظر في حـــال المحبوسين ، لأنه نصب ناظراً ، فمن اعترف بحق ألزمه إياه ، لان الإقرار ملزم . ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة ، لأنـــه بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجـة . لا سيا إذا كانت على فعل نفسه ، فإن لم تقم ، لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه ،

وليس بشيء ، لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول ، والاولى أن يجعل حالا ، بمعنى مفصلا كما في قوله بينت له حسابه باباً باباً انتهى . إنما قال بمعنى مفصلا ، لان من شرط الحال ، ان يكون من المشتقات .

(قال) اي القدوري « رح » (وينظر في حال المحبوسين) اي بنظر القاضي الجديد في حال المحبوسين . وفي بعض النسخ في حال المحتبسين (لأنه) اي لأن القاضي الجديـد (نصب ناظراً) لأمور المسلمين (فمن اعترف بحق ، الزمه إياه ، لأن الإقرار ملزم ، ومن انكر لم يقبل قول المعزول) اي القاضي المعزول (عليه إلا ببينة ، لأنه) اي لأن المعزول (بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة ، لا سيما إذا كانت) اى شهادته على تأويل الأخبار (على فعل نفسه) وبه قال الشافعي واحمد « رح » يقبل قوله بعد العزل ، كما قبل العزل ، لأنـــه امين الشرع . وعند مالك « رح » ، لا يقبل قولـــه قبل العزل إلا بحجـــة .

(فإن لم تقم البينة [1] لم يعجل) القاضي (بتخليته حتى ينادى عليه) وصفته ان يأمر كل يوم إذا جلس منادياً ينادى في محلته ، كان يطلب فلان إبن فلان المحبوس الفلاني بحق ، فليحضر ينادى كذلك اياماً ، فإذا حضر أحد وادعى عليه ، وهو على جحوده ، إبتدأ الحكم بينهم ، فلا يقبل قول المعزول . وإن لم يحضر خصم ، وأخـــذ منه كفيلا بنفسه ، ولعله محبوس بحق غائب ، وقد قامت عليه إمارة ، وهو حبس القاضي المعزول.

---

(١) فإن لم تقم لم يعجل — هامش .

وينظر في أمره ، لان فعل القاضي المعزول حق ظاهر ، فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير وينظر في الودائع ، وارتفاع الوقوف ، فيعمل فيه على ما تقوم به البينة ، أو يعترف به من هو في يده ، لان كل ذلك حجة . ولا يقبل قول المعزول لما بيناه ،

فصل قسمة الميراث عند ابي حنيفة « رح » حيث يؤخذ الكفيل هناك عنده ، على مايجيء لأن في مسألة الميراث ، الحق ظاهر لهذا الوارث وفي ثبوت حق الآخر شك ، فلا يجوز تأخيره ، كموهوم ، اما هناك الحق ثابت ، فيحمل فعل القاضي على الصلاح ،ولكنه مجهول فلا يكون اخذ الكفالة لموهوم وقيل اخذ الكفيل هنا على الخلاف ايضاً . وفي المحيط الصحيح ، ان اخذ الكفل ها هنا بالاتفاق .

(وينظر في أمره لأن فعل القاضي المعزل حق ظاهراً) أي من حيث الظاهر (فلا فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير) أي لا يعجل القاضي باطلاق المحبوس ، بل يتأنى وينادي على المحبوس أياماً في مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق ، فليحضر .

وقال أبو داود الناصحي«رح» في أدب القاضي للخصاف، فإن قال واحد منالمحبوسين حبست بغير حق ، ولم يحضر له خصم ، تأنى القاضي ، ونادى أياماً ، فإن لم يحضر له خصم أطلقه وأخذ منه كفيلا بنفسه ويطلقه ، فإن قال لا كفيل لي ، أو لا أعطي كفيلا فإنه لا يجب عليه شيء نادى عليه شهراً ثم تركه ، لأن الحق لم يثبت عليه ، فلا يلزمه إعطاء الكفيل وإنما طلبه القاضي به احتياطاً ، فإذا لم يعطه ، وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر ، فينادي عليه شهراً ، فإذا مضت المدة أطلق عنه ، كذاقاله الإمام الناصحي.

(وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف) أي التي وضعها المعزول في أيدي الأمناء (فيعمل فيه على ما تقدم به البينة أو يعترف به من هو فيده لأن كل ذلك) أي كل واحد من قيام البينة ، واعتراف من هو في يده (حجة ولا يقبل قول المعزول لما بيناه) إشارة

إلا أن يعترف الذي هي في يده أو يديه ، أن المعزول سلمها إليه ، فيقبل قوله فيها ، لأنه ثبت بإقراره ، أن اليـــد كانت للقاضي ، فيصح إقرار القاضي ، كأنه في يده في الحال ، إلا إذا بدأ بالإقرار بغيره ، ثم أقر بتسليم القاضي ، فيسلم فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ، ويضمن قيمتـــه للقاضي ، بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي .

إلى قوله ، لأنه بالعزل التحق بالرعايا إلى آخره (إلا أن يعترف الذي هي في يده أن المعزول أسلمها إليه فيقبل قوله فيها) أي قبل قول المعزول حينئذ فيها ، أي في الودائع وارتفاع الأوقات (لأنه ثبت بإقراره) أي بإقرار ذي اليد (أن اليد كانت للقـــاضي) المعزول (فيصح إقرار القاضي) المعزول به .

(كأنه في يده في الحال) ولو كانت بيده عياناً ، صح إقراره به ، فكذا إذا كان بيد مودعه ، لان يد المودع كيد المودع (إلا إذا بدأ) استثناء من قوله فيقبـل ، أي إلا إذا بدأ ذوي اليد (بالإقرار لغـــيره ، ثم أقر بتسليم القاضي) إلى الغير من أقر له القاضي (فيسلم ما في يده إلى المقر له الأولى لسبق حقه) أي يسبق حق المقر له الأول ، وهو الذي أقر له ذو اليد (ويضمن) أي ذو اليد (قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر لمن جهة القاضي) وقال الصدر الشهيد « رح » حاصل ذلك أن المسألة على أربعة أوجه :

إما أن يقول دفعه إلى المعزول ، وقال هو لفلان بن فلان ، أو قال دفعه إلى المعزول ولا أدري لمن هو ، وأنكر ما قوله المعزول أو قال دفعه إلى المعزول ، وهو لفلان آخر ففي الوجه الأول والثاني يقبل قول المعزول والمال للمقر له ، لأن المال وصل إلى يده من جهة المعزول ، فكان المال في يد المعزول معنى ، ومن في يده المـال إذا أقر لإنسان يقبل فكذا هذا وفي الوجه الثالث ، القول لصاحب اليد ، وفي الوجه الرابع المسألة على وجهين أما إن بدأ صاحب اليد وقال دفعه إلى المعزول ، وهو لفلان آخر ، أو بدأ بالإقرار فقال هو المال لفلان بن فلان غير الذي أقر له المعزول له ، ثم قال دفعـــه الى المعزول ، ففي

قال يجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه وكأنه على الغرباء وبعض المقيمين ، والمسجد والجامع أولى ، لأنه أشهر .

وقال الشافعي « رح » يكره الجلوس في المسجد للقضاء ، لأنـــه يحضره المشرك وهو نجس بالنص، والحائض وهي ممنوعة عن دخوله.

ولنا قوله عليه السلام إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم ،

الوجه الأول ، القول قول المعزول ويؤمر بالدفع إلى من أقرله المعزول ، وفي الوجه الثاني يؤمر بالدفع إلى من أقر له ، ويضمن مثله إن كان من ذوات الأمثال ، أو قيمته للمعزول ثم يسلمه المعزول إلى من أقر له .

(قال) أي القدوري « رح » (ويجلس) أي القاضي (للحـــكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مـــكانه على الغرباء) جمع غريب (وبعض المقيمين) الذين ليس لهم اختلاط بالقضاء (والمسجد الجامع اولى ولأنه أشهر) المواضع .

وقال فخر الإسلام « رح » هذا إذا كان الجامع في وسط البـــلدة ولو كان في طرف البلدة ، يختار مسجداً في وسط البلدة ، كيلا يلحق الناس مشقة الذهاب إلى طرف البلدة ويختار مسجد السوق لأنه أشهر . وفي المبسوط ، أحب إلي أن يقضي حيث تقام جماعة الناس ، يعني في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعة ، لأن ذلك عن التهمة أبعد. وبه قال مالك وأحمد « رح » وفي وجيز الشافعية « رح »، يكره أن يتخذ المسجدمجلساً للقضاء ، وقال في خلاصة الفتاوى وافضل ما يجلس في المسجد الجامع ، وفي مسجد حيه أو بيته لا بأس به عندنا .

(وقال الشافعي « رح » يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه) أي لأن القـــاضي (يحضره المشرك) للدعوى (وهو نجس بالنص) وهو قوله تعالى ﴿ إنما المشركون نجس﴾ ٢٨ التوبة ، (والحائض) أي ويحضره الحائض (وهي) أي الحائض (ممنوعة عن دخوله) أي دخول المسجد (ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، ورواه مسلم ليس فيـه الحكم، رواه في

وكان رسول الله ﷺ يفصـــل الخصومة في معتكفه وكـذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ، ولان القضاء عبادة ، فيجوز إقامتها في المسجد ، كالصلاة . ونجاســـة الشرك في اعتقاده لا في ظاهره ، فلا يمنع من دخوله ، والحائض تخبر بحالها ، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد ، أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها . كما إذا كانت الخصومة في الدابة ،

الطهارة من حديث أنس مطولاً ، وفي آخره إنما هي لذكر الله تعالى أي المساجد .

(وكان النبي ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه) فيه أحاديث منها ما خرج البخاري ومسلم عن سهل بن سعد في قصة اللعان أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت رجلا وجدمع امرأته رجلا ، إلى أن قال فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد . ومنها ما اخرجه الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس رضى الله عنه قال ، بينا رسول الله ﷺ يخطب يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه ، فقال يا رسول الله أقم علي الحـد الحديث وفيه ، فاجلدوه مائة جلدة ولم يكن تزوج .

(وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات) هذا حديث غريب . وفي صحيح البخاري في باب من قضى ولاعن في المسجد ولاعن عمر رضي الله تعالى عنه في المسجد عند منبر النبي ﷺ . وقضى شريح والشعبي ويحيى بن معمر «رض» في المسجد .

(ولأن القضاء عبادة،فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك فياعتقاده) هذا جواب عن دليل الشافعي « رح » وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده البـاطن ، فإنه ثبت أن النبي ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد (لا فى ظاهره) أي لا نجاسة في ظاهره (فلا يمنع من دخوله) إذ لا يصيب الارض منه شيء (والحائض تخبر بحالهـا ، فيخرج القاضى اليها أو إلى باب المسجد أو يبعث) أي القاضي (من يفصل بينها) أي بـــين الحائض (وبين خصمها كا إذا كانت الخصومة في الدابة) فإن قيل يجوز أن تكون

ولو جلس في داره لا بأس به ، ويأذن للناس بالدخول فيها ، ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك ، لان في جلوسه وحده تهمة . قال ، ولا يقبـــل هدية

الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد ، فتخبر عن حالها ، قلنا الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة ، فلا بأس بدخولها .

(ولو جلس) أي القاضي (في داره لا بأس به) ذكر هذا تفريعاً على ما تقـدم . وقال شمس الائمة السرخسي ، وإن اختار أن يجلس في داره ، فله ذلك بشرط أن لايمنع أحداً من الدخول عليه ، لأن لكل أحد حقاً في مجلسه (ويأذن للناس بالدخول فيها) أي في دارة (ويجلس معه من كان يجلس) معه (قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة) أي تهمة الظلم والرشوة .

وقد روي أن عثمان رضي الله عنه ، ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة رضي الله عنهم ، ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ، ويشاورهم لمـــا روي ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ، كانوا يحضرون عبد الرحمن بن عوف، ومعاذ بن جبل ،وابن أبي كعب ، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، وأبو بكر رضي الله عنه ، يحضر عمر وعثمان وعلي أيضاً رضي الله عنهم حق ، قـــال أحمد يحضر مجلس الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه .

(قال اي القدوري رحمه الله (ولا يقبل) اي القاضي (هدية) الأصل في هذا الباب ما قاله في المبسوط ، الهدية في الشرع منه وبه قال ﷺ نعم الشيء الهدية إذا دخلت الباب ضمتك الا سكفته ، وقال عليه السلام ، الهدية تذهب وحر الصدر ، اى غشه ، والوعد يوقظ له البغض في الصدر . وقال علية السلام تهادوا تحابوا ، ولكن بهذا في حق من لم يتعين العمل من أعمال المسلمين ، فأما من تعين لذلك كالقاضي والوالي ، فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصاً ممن كان لا يهدى قبل ذلك ، إذ هو نوع من الرشوة والسحت . وعن مسروق قال ، القاضي إذا أخذ الهدية فقد أكل السحت ، وإذا أخذ الرشوة ، فقد بلغت به الكفر.

إلا من ذي رحم محرم ، أو ممن جرت عادتـــه قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم ، والثاني ليس للقضاء ، بل جري على العادة ، وفيما وراء ذلك ، يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة ، لا يقبل هديته . وكـــذا إذا زاد المهدي على المعتاد ، أو كانت له خصومة ، لانه لاجل القضاء ، فيتحاماه

وروى البخارى « رح » بإسناده عن أبي حميد الساعدى قـــال ، استعمل النبي ﷺ رجلا من الأزدي يقال له ابن الأسد على الصدقة ، فلما قدم قال ، هذا لكم ، وهذا أهدي لي ، قال عليه السلام فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه ، فينظر أيهدى له أم لا ، واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة « رض » فقدم بمال ، فقال من أين لك هذا ، قال تناتجت الخيول ، وتلاحقت الهدايا ، فقال أى عدو الله هل قعدت في بيتك فتنظر أيهدى إليك أم لا ، فأخذ ذلك منه ، وجعله في بيت المال ، فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كانت بهذه الصفة ، فلا يقبل الحاكم الهدية .

(إلا من ذى رحم محرم منه أو ممن جرت عادته قبل القضاء) أى قبل أن يصير المهدى إليه قاضياً (بمهاداته ، لأن الأول صلة الرحم ، والثاني ليس للقضاء ، بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك) أى فيما وراء الأول والثاني (يصير آكلا بقضائه) والأكل للقضاء حرام وسحت (حتى لو كان للقريب خصومة ، لا يقبل هديته) .

(وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد ، أو كانت له خصومة ، لا يحل لأنه لأجل القضاء فيتحاماه) اى يحترز عنه ولا يأخذه ، ثم إذا أخذ الهدية ممن لا يجوز الأخذ منه ، اختلف المشايخ « رح » فيه ، قيل يضعها في بيت المال كما مر من قضية عمر رضي الله عنه وبه قال الشافعي « رح » في وجه وعامة المشايخ « رح » قالوا يردها على أربابها إن عرف المهدي وبه قال الشافعي « رح » في وجه آخر أشار إليه محمد « رح » في السير الكبير ، وإن لم يعرف المهدي أو كان بعيداً حتى تعذر الرد عليها ، حكمها حكم اللقطة ، يضعها في بيت المال لأنه أخذها لعمله ، وفي عمله نائب عن المسلمين ، فكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين .

ولا يحضر دعوة ، إلا أن تكون عامة ، لان الخاصة لاجل القضاء ، فيتهم بالإجابة ، بخلاف العامة ، ويدخل في هذا الجواب قريبه ، وهو قولهما . وعن محمد « رح » أنه يجيبه وإن كانت خاصة ، كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها .

(ولا يحضر) أى القاضي (دعوة الا أن تكون عامة) وقال الطحاوى « رح » في مختصره ، ولا تجب الدعوة الخاصة للقرابة ، ويجيء هذه الآن (لأن الخاصة) أى الدعوة الخاصة تكون (لأجل القضاء ، فيتهم بالإجابة بخلاف العامة) أى الدعوة العامة ، فانها لا تكون للقضاء . قـــال القدورى « رح » وأبو علي النفسي « رح » ، دعوة العامة عرس ورختان ، وما سوى ذلك خاصة ، وقيل في الحد الفاصل إذا جاوز العشرة فهي عامة ، ويجيء الآن ما قاله المصنف « رح » (ويدخل في هذا الجواب) أى إطلاق قول القدورى « رح » ، ولا يحضر دعوة الخاصة (قريبه) أى قريب القاضي (وهو قولهما) اى قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

(وعن محمد « رح » أنه يجيبه) اى القاضي يجيب قريبه في الدعوة الخاصة . وذكر الخصاف « رح » يجيب دعوة الخاص لقريبه بلا خلاف ، لأن إجابة دعوته صلة للرحم ، وعند الشافعي « رح » يحض الولائم لغير الخصم ، وبه قال أحمد « رح » وقال مالك « رح » لا يحضر الخاصة ويحضر العامة إن شاء . وتركها أفضل ، إن كانت وليمة النكاح ولغير النكاح كره ذكره في الجواهر وفي الحلية اختلف أصحابنا « رح » فيمن ولي أمراً من أمور المسلمين ، كالقضاة والأئمة . في حضور الولائم على ثلاثة أوجه : أحدها أنه كغيرهم ، والثاني أنه سقط فرض الإجابة ، والثالث ان كان مرتزقاً لم يحضر والا يحضر (وان كانت خاصة) واصل بما قبله ، أى وان كانت الدعوة خاصة يجيبه لقريبه (كالهدية) أى كما في الهدية ، حيث يجوز له أخذها من قريبه . ثم أشار الى تعريف الدعوة الخاصة بقوله :

(والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) إيضاح ذلك ، أن صاحب الدعوة ، ان كان بحال لو علم أن القاضي لا يحضر ، لا يمتنع من اتخاذ الدعوة ، فإن

قال ويشهد الجنازة ، ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين . قال عليه السلام ، للمسلم على المسلم ستة حقوق ، وعد منها هذين ، ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه ، لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة . قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس

القاضي لايجيب هذه الدعوة ، فهذه دعوة عامة . وإن كان بحال لو علم صاحب الدعوة أنه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي ، يمتنع ولا يتخذ الدعوة ، فهذه دعوة خاصة ، فلا يجيبها القاضي ، لأنها اتخـــذت له . فإذا حضرها كان آكلا بقضائه . وذكر صدر الإسلام وأبو اليسر « رح » إذا كانت الدعوة عامــــة ، والمضيف خصم ، فينبغي أن لا يجيب القاضي دعوة ، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الآخر وإلى التهمة .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (ويشهد) أى القاضي (الجنازة ، ويعود المريض لأن ذلك) أي المذكور من شهود الجنازة وعيادة المريض (من حقوق المسلمين) لأنه أمر مندوب اليه ، وليس فيه تهمة أيضاً .

(قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (للمسلم على المسلم ستة حقوق) الحـديث رواه مسلم عن أبي هريرة « رض » أن رسول الله ﷺ قال ، حق المسلم على المسلم ست ، قال يا رسول الله ﷺ ما هن ، قال إذا لقيته فسلم ، وإذا دعاك فأجب ، وإذا استنصحك فانصح له ، وإذا عطس فحمد الله فشمته ، وإذا مرض فعده وإذا مات فاتبعه . وفي رواية أخرى عن أبي هريرة « رض » قال رسول الله ﷺ خمس يجب للمسلم على أخيه رد السلام وتشميت العاطس ، وإجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنائز (وعـد منها) أي من الست (هذين) وهما شهادة الجنازة وعيادة المريض .

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه ، لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك) الحـــديث رواه الطبراني « رح » في معجمه الأوسط عن علي رضى الله عنه قال ، نهى النبي ﷺ أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر (ولأن فيه تهمة) أي تهمة الميل .

(قال) اي القدوري « رح » (وإذا حضرا) أي الخصمان (سوى بينهما في الجلوس

والاقبال،لقوله عليه السلام، اذا ابتلي أحدكم بالقضاء، فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ، ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر ،

والإقبال) أراد بالإقبال تسوية النظر من الجانبين . وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبي موسى « رض » وسوي بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك ، والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ، ولا يجلس أحـــدهما على يساره والآخر على يمينه ، لأن لليمين فضلا على اليسار .

وفي المغني والنوازل والفتوى الكبرى ، تخاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ، ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ، ويقعد هو على الأرض ، ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلا أحدهما ، وهذه المسألة تدل على أن القاضي يصلح قاضياً على السلطان الذي قلده والدليل عليه قصة علي عند شريح « رض » فإن شريحاً « رض » قام عن مجلسه وأجلس علياً رضى الله عنه في مجلسه، وقال المرغيناني « رح » وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يدي القاضي ولا يتربعـــان ولا يقعيان ، ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي العالم تعظيما للعلم ، ويقف أعوان القاضي بين يديه ، ليكون أهيب في أعين الناظرين .

(لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر) الحديث رواه اسحاق بن راهويه في مسنده «رح»عن أم سلمة رضي الله عنها ، قال رسول الله ﷺ من ابتلي بالقضاء بين المسلمين ، فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يسار أحدهما) يعني لا يتكلم مع أحدهما سراً (ولا يشير اليه) لا بالرأس ولا بالعين ولا بالحاجب ، وكل ذلك منهي شرعاً (ولا يلقنه حجة للتهمة) أي تهمة الميل ، ولأن فيه إعانة لأحد الخصمين ، وكسر قلب الآخر، وهو معنى قوله (ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر) المكسرة بفتح المـــيم مصدر ميمي بمعنى

فيترك حقه . ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجرىء على خصمه ، ولا يمازحهم ولا واحـــداً منهم ، لانه يذهب بمهابة القضاء . قال ، ويكره تلقين الشاهد، ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره ، كتلقين الخصم واستحسن أبو يوسف « رح » في غـــير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس ، فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

الكسر (فيترك حقه) لأنه يتجنب عن طلب حقه فيترك حقه (ولا يضحك) أي القاضي (في وجه أحدهما) أي أحد الخصمين (لأنه يجترىء على خصمه) بسبب ضحك القاضي في وجهه (ولايمازحهم) في الأختصام (ولا واحداً منهم) أي ولا يمازح واحداً من الأخصام (لأنه) لأن مزح القاضي (يذهب بمهابة القضاء) ولهذا قالوا ينبغي أن يكون القاضي عبوساً ، متواضعاً في افعاله ، وفي الجواهر يستحب أن يكون فيه عبوسة من غير غضب.

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (ويكره تلقين الشاهد ومعناه) أي معنى ما قاله محمد « رح » من كراهته تلقين الشاهد (أن يقول له) أي أن يقول القاضي للشاهد (أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم) حيث يكره (واستحسنه) أي تقليد الشاهد (أبو يوسف « رح » في غير موضع التهمة ، لأن الشاهد قد يحصر) أي ينحبس لسانه عن البيان (لمهابة مجلس القاضي ، فكان تلقينه إحياء للحق)وقيد بقوله في غير موضع التهمة ،لأن في موضع التهمة لا يجوز ذلك ، مثل إن يدعي المدعي الفاً وخمسمائة ، والمدعي عليـــه ينكر خمسمائة ، وشهد الشاهد بالألف ، فالقاضي إن قال يحتمل أنه إبراء لخمسمائة ، واستفاد الشاهد ، علماً بذلك ، ووقف في شهادته كما في وقف القاضي ، فهذا لا يجوز بالاتفاق ، وتأخير قول أبي يوسف « رح »يشير إلى اختياره المصنف رحمه الله(بمنزلة الأشخاص) وهو إرسال شخص فليحضر خصمه ويقال شخص من بلد الى بلد شخوصاً ، أي ذهب من حد منع وأشخصه غيره (والتكفيل) وهو أخذ الكفيل لأحد الخصمين لأنه لم يكن ذلك جنس إعانه أحد الخصمين .

فصل في الحبس

قال ، وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحـــق حبس غريمه ، لم يعجل بحبسه ، وأمره بدفع مـا عليه لأن الحبس جزاء المماطلة ، فلا بد من ظهورها ،

(فصل في الحبس)

أي هذا فصل في بيان أحكام الحبس ، ولما كان الحبس من انواع حكم القاضي ، ذكره في فصل على حدة ، وهو مشروع بالكتاب ، وهو قوله تعالى ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ ٣٣ المائدة ، فإن المراد به الجلس ، وبالسنة وهو ما روى أن رسول الله ﷺ حبس رجلا بالتهمة ، غير أنه لم يكن في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث امكن،ولما كان زمن علي رضي الله عنه،أحدث السجن بناه من قصب وسماه [1] فقيه اللصوص ، فبنى سجناً من مدر فسماه محبساً . ثم قال الأترازي كيساً مكيساً بنيت بعد نافـــع محبساً باباً حصيناً ، وأميناً كيساً . رواه الزمخشري « رح » في الفائق . والمحبس موضع التجنيس ، وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الأمور ، والمكيس منسوب إلى الكيس المعروف به قوله ، وأميناً أي ونصف امينها بعين السجان كذا في الفائق . وقال الكاكي « رح » وفي زمن النبي ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه لم يكن سجن حتى اشترى عمر رضى الله عنـــه داراً بالمدينة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبساً .

(قال وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمـــه ، لم يعجل بحبسه ، فأمره بدفع ما عليه ، لأن الحبس جزاء المماطلة ، فلا بد من ظهورها) أي ظهور المماطلة لقوله ﷺ عطل الغني ظلم ، فاستحق الحبس ، والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدراهم وما دونه ، لأن مانع ذلك ظلم ، فيجـــازي به ، والمحبوس في الدين

---

(١) هنا كلمة مكشوطة ، أ هـ ، مصححه .

وهذا إذا ثبت الحق بإقراره ، لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة ، فلعله طمع في الإمهال ، فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك ، حبسه لظهور مطله . أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره .

لا يخرج لمجيء رمضان ، والفطر والأضحى والجمعة ، وصلاة مكتوبة ، وحجة فريضة ، وحضور جنازة بعض أهله ، وموت والده وولده إذا كان من يكفنه ويغسله ، بخلاف ما إذا لم يكن لأنه لزم القيام حينئذ بحق الوالدين ، وقيل يخرج بكفيله لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا ، وعليه الفتوى .

وإن مرض وله خادم لا يخرج ، وإلا يخرج لأنه ربما يموت بسببه ، وهو ليس بمستحق عليه ، ولو احتاج إلى الجماع ، دخلت عليه زوجته وجاريته ، فيطأهما حيث لا يطلع عليه أحد ، وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج ، فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام . ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ، يشاورهم في قضاء الدين ، ويمنعون من طول المكث عنده .

(وهذا) أي ترك القاضي عجلته بحبس الغريم (اذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة) يقال لقيته اول وهلة ، أي أول شيء (فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه بظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره) وقال قاضي خان « رح » في شرح الجامع الصغير وعلى قول الخصاف « رح » في البينة ايضاً ، لا يحبسه في اول الوهلة . وقال في الاجناس قال في كفالة الاصل ، قال أبو حنيفة «رح » ينبغي للامام أن يحبس في الديون قرضاً كان او غصبا أو ثمن مبيع أو مهر ، لكن لا يحبسه في أول ما يقدم اليه ويقال له قم فارضه فإن عاد اليه حبسه ، وهو قول أبي يوسف ومحمد « رح » .

وقال الخصاف « رح » الصواب عندي ان لا يحبسه حتى يقول له ألك مال ، ويستحلفه على ذلك فإن أقر أن له مالاً حبسه ، وإن قال لا مال لي ، قال للطالب أثبت

قال ، فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع ، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة

ان له مالاً حتى أحبسه ، وهو مذهب بعض للقضاة • ثم أعلم إذا ثبت إعسار الديون لا يجوز حبسه بلا خلاف ولازمته ، بل يمهل إلا أن يوسر . قال عز وجل ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ ٢٨٠ البقرة ، وعندنا لا يحبس ، ولكن للغريم ملازمته ولا يمنعه من الكسب ، وهل يلزمه الكسب وإجارة نفسه ليصرف الأجرة والكسب إلى رب الدين عندنا والشافعي « رح » لا ، وعند أحمد « رح » يلزمه ، وقال مالك « رح » إن كان ممن يعتاد إجارة نفسه لزمه به ، وقال الشافعي « رح » في وجه ، وعليه عمل القضاة لظهور المماطلة ، وفي وجه يبيع ماله الظاهر ، وبه قال مالك « رح » وأبي يوسف ومحمد « رح » أما لو امتنع من أداء الدين يحبس بلا خلاف .

(قال) أي القدوري « رح » (فإن امتنع) أي الغريم (حبسه في كل دين لزمه عن مال حصل في يده كثمن المبيع ، أو التزمه بعقد كالمهر ، والكفالة) ولكنه إنما يحبسه إذا طلب المدعي ذلك . وقال قاضي خان « رح » في شرح الجامع الصغير ، ولا يحبسه عندنا في الإقرار والبينة إلا عند طلب المدعي . وقال شريح « رح » يحبسه من غير طلبه . وفي الذخيرة ، لو قال المديون بعد ثبوت الدين أنا معسر أو قال المدعي موسر ، ولا بينة له ، فالقول للمديون مع يمينه ، وهو رواية أصحابنا واختيار الخصاف « رح » وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، لأن الأصل للفقر .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » إن كان في كل دين أصله مال ، كثمن المبيع والقرض ، فالقول للمدعي وبه قال الشافعي « رح » في وجه وفي كل دين لا يقابله مال ، كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك ، فالقول للمديون ، إليه أشار محمد « رح » في كتاب النكاح ، وفي مسألة ادعاء المرأة نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنه معسراً ، فقال القول للزوج ، وقال بعضهم كل دين لزمه بسبب معاقدته واختياره ، فالقول لرب الدين ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه لأن اختيار لزومه بالعقد دليل اليسار .

لأنه إذا حصل المال في يده،ثبت غناؤه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره ، إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه ،

(لأنه) استدلال لما ذكره القدوري « رح » ، لقوله حبسه لكل دين ... الخ أي لأن الغريم (إذا حصل المال) أي المال الذي هو ثمن المبيع ونحوه من أي جهة كان (في يده ثبت غناؤه به) وزواله عن الملك محتمل ، والثابت لا يترك بالمحتمل . والأصل في ذلك أن الأصل في الإنسان الفقر والغنى حادث ، فوجب استصحاب المال حتى يعلم حدوث ما يخالفه ، وما كان بدلاً عن مال ، فقد علم حصول الغنى به ، فسقط حكم الأصل. ووجب استصحاب الغني حتى يعلم زواله ، فلهذا لم يصدق في الاعتبار ، وصار امتناعه ظلماً ، فحبس لأجله .

(وإقدامه على التزمه) بعقد كالمهر والكفالة (باختياره دليل يساره إذ هو) أي لانه (لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه) فإذا ادعى الإعسار يريد إسقاطها عن نفسه ، فلا يقبل قوله ويحبس ، وهو الذي ذكره القدوري « رح » ، وشرحه المصنف « رح » ، هو رواية ابن سماعة « رح » أنه يحبس في ذلك ولا يقبل قوله في الإعسار . وذكر الخصاف « رح » عن أصحابنا ، أنه يحبس فيما إذا كان بدلاً عن مال حصل في يده خاصة ، ولا يحبس فيما سوى ذلك ، لأن الحبس عقوبة تستحق بالإمتناع مع الغنى ، فلا يجوز إثباتها بالظاهر ، كسائر العقوبات .

وحاصل المذهب عندنا ، أن القاضي لا يسأل المدعي المال إلا إذا ادعى المديون الإعسار ، فحينئذ يسأل . فإن قال المدعي انه معسر ، خلي سبيله ، وإن قال انه موسر ، وقال المديون إني معسر ، ففيه اختلاف المشايخ . ورأى الخصاف « رح » أن القول قول المديون لأنه متمسك بالأصل . وقيل إن كان الدين وجب عليه بدلاً عن مال ، كثمن متاع ، أو بدل . قرض ، فالقول قول المدعي ، وإن كان بدلاً عما ليس بمال ، كالمهر ونحوه ، فالقول قول المدعى عليه . ونسب الخصاف « رح » هذا القول في أدب القاضي إلى أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

ومن العلماء من قال يحكم في الزى ، إن يزى بزى الفقر ، كان القول قول المديون ، وإن

والمراد بالمهر معجله دون مؤجله . قال ولا يحبسه فيا سوى ذلك ، إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه ، لأنه لم يوجد دلالة اليسار ، فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي إثبات غناه . ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الأصل هو العشرة ، ويروى

تزيا بزى الأغنياء ، كان القول قول الطالب ، لأن ذلك علامــة ودليل إلا في حق العلوية والفقهاء ، فإنهم يتكلفون في لباسهم ، حتى لا يذهب ما وجههم مع مـا حاجتهم ، فلا يكون الزي دليلاً وعلماً على اليسار في حقهم ، فإن كان المطلوب ، ادعى الفقراء وادعى الطالب أنه غير زيه ، وقد كان عليه زى الأغنياء قبل ذلك ، سمع منه البينة ، ويجعل القول قوله ، وإن لم يمكنه إقامة البينة ، يحكم بزيه في الحال ، ويجعل القول قول المطلوب، كذا في شرح آداب القاضي .

(والمراد بالمهر معجله دون مؤجله) لأن العادة جارية بتسليم المعجل ، فكان الإقدام على النكاح دليلا على القدرة ، والوفـاء بالمعجل ، فلا يقبل قوله أنه معسر . قـــال فخر الإسلام البزدوي « رح » هذا في المعجل، أما إذا طلبت المؤجل بعدما بنى بها، فان القول قول الزوج أنه عسر لأنه لا دلالة هاهنا على القدرة منه على آدابه ، فأما في النفقة ، فـإن القول قول الزوج أنه معسر في تقدير النفقة (قالو لا يحبسه فيا سوى ذلك) اي فياسوى المذكور كضمان المتلف والغصب وأرش الجناية .

(إذا قال إني فقير ، إلا أن يثبت غريه أن له مالاً فيحبسه ،لأنه لم يوجد دلالةاليسار ، فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعي إثبات غناه ، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميـــع ذلك لأن الأصل هو العسرة) اي في ثمن المبيع والمهر وغير ذلك . وفي الذخيرة ، إذا أقام المدعي بينة على يساره ، وأقام المديون بينة على إعساره ، فبينــة رب الدين أولى ، لأن شهود المديون شهدوا بشيء لم يعرفوه .

(ويروى) عن الخصاف « رح » أنه نسبه إلى أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » وقد مر

أن القول له إلا فيما بدله مال . وفي النفقة القول قول الزوج أنه معسر . وفي إعتاق العبد المشترك ، القول للمعتق . والمسألتان تؤيدان القولين الآخرين ، والتخريج على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الإتفاق . وكذا عند أبي حنيفة « رح » ضمان الإعتاق ،

بيانه (أن القول له) اي لمن عليه الدين (إلا فيما بدله مال) يعني القول فيما بدله مال للمدعي (وفي النفقة القول للزوج أنه معسر) يعني إذا ادعت المرأة على زوجها أنه موسر ، وادعت نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنه معسر ، وعليه نفقة المعسرين ، فالقول قول الزوج .

(وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق) يعني إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد ، وزعم أنه معسر ، كان القول قوله (والمسألتان) وهما مسألة النفقة ومسألة إعتاق العبد المشترك (تؤيدان القولين الأخيرين) وبعض النسخ الأخير . وأراد بالقولين الأخيرين قوله ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال .

(والتخريج) أي تخريج مسألة الإنفاق والإعتاق (على ما قال في الكتاب) أي على ما قال القدوري « رح » في مختصره ، حيث القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد مع وجود الالتزام ، لم يكن القول للمدعي في المسألتين ، فأجاب عنه وقال (أنه) اي أن النفقة على تأويل الانفاق (ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق) فلو كان ديناً مطلقاً لم يسقط إلا بالآداب او بالابراء (وكذا) اي وكذا ليس بدين مطلق (عند أبي حنيفة « رح » ضمان الاعتاق) فإن المريض إذا أعتق في مرض موته عبداً مشتركاً ، لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة « رح » ، فلما كان كذلك ، لم ترد هاتان المسألتان بقضاء القول الأول ، وهو قوله حبسه في كل دين ... إلى آخره ، لان المراد بالدين ، هو المطلق منه ، إذ به يحصل الاستدلال على القدرة .

ثم فيما كان القول قول المدعي ، أن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول ، قول من عليه ، يحبسه شهرين أو ثلاثة ، ثم يسأل عنه ، فالحبس لظهور ظلمه[1] في الحال وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتـــد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره .

وروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة

(ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالاً ، أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه) اي الحاكم (شهرين او ثلاثة ثم يسأل) جيرانه وأهل الخبرة (عنه) عن يساره وإعساره ، وهذا التقدير رواية محمد « رح » عن أبي حنيفة رحمـــه الله في كتاب الحوالة والكفالة ، وروى الحسن « رح » عن أبي حنيفة رحمه الله ، أن التقدير فيه بأربعة أشهر ، على قياس مدة الايلاء . وذكر الطحاوي « رح » أن التقدير فيه بشهر .

وقال شمس الأئمة السرخسي « رح » في أدب القاضي ثم قال والحاصل أنه ليس فيـه مضي وقت مقدر ، بل الأمر مفوض إلى رأي القاضي ، فإن مضى أربعة أشهر ، ووقـع له أنه امتنعت ، يستديم حبسه ، وإن كان دون ذلك ، بأن كان شهرين او شهـــراً او دونه ووقع أنه عاجز لا مال له ، أطلقه من السجن . وقال شمس الأئمة الحلواني « رح » ما قال الطحاوي « رح » أوفق الأقاويل. وقال الناصحي« رح » في تهذيب أدب القاضي، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد « رح » يحبسه شهرين او ثلاثة . وعلى رواية محمد « رح» قر وفيه أربعة أشهر ، وعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » ستة أشهر ، ثم قال وهو موقوف على رأي القاضي .

(فالحبس لظهور ظلمه في الحال) وفي بعض النسخ لظهور مظلمه (وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه ، فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة (أراد بهذه ظهور ماله لو كان (فقدره بما ذكره) اي قدر محمد « رح » بما ذكره من الحبس أنه شهران او ثلاثة (وروى غير ذلك) اي غير الشهرين او الثلاثة (من التقديربشهر او أربعة) أشهر

---

(١) مظلمه ــ هامش .

إلى ستـــة أشهر ، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه فإن لم يظهر له مال خلي سبيله ، يعني بعد مضي المدة ، لانـــه استحق النظرة إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً . ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية، وفي رواية لا تقبل . وعلى الثانية عامة المشايخ « رح » .

(إلى ستة أشهر) وقد مر ذلك كله ، وقال المصنف « رح » (والصحيح أن التقدير) في مدة الحبس (مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الاشخاص فيه) اي من الحبس ، لأن بعض الناس ، يضجر بالحبس في مدة قليلة ما لا يضجر آخر في مدة كثيرة . وبه قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله ، وقـــال ابن الماجشون المالكي « رح » لا يحلس في القليل أكثر من نصف الشهر ، وفي الكثير يبلغ أربعة أشهر ، وفيما بين ذلـــك الشهرين ونحوهما بالنسبة .

(قال) اي القدوري « رح » (فإن لم يظهر له) اي الغريم (مال خلي سبيله) ولا يحول بينه وبين غرمائه ، قال المصنف « رح » (يعني بعد مضي هذه المدة لأنه استحق النظرة) بكسر الظاء (إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً . ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة) اي المدة التي رآها القاضي برائه ، او بعد مضي العـدة التي اختارها بعض المشايخ « رح » كشهر او شهرين او أربعة أشهر على ما تقدم (تقبل) اي البينـة (في رواية) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » (ولا تقبل في رواية) وبـــه قال مالك « رح » (وعلى الثانية) اي الرواية الثانية (عامة المشايخ « رح ») .

وقال الصدر الشهيد « رح » في آداب القاضي هو الصحيح ، وفي الذخيرة لو أخبر عن إعساره قبل الحبس واحد عدل او اثنان ، او شهد بذلك شاهدان ، فعن محمد « رح » روليتان ، في رواية لا يحبسه وبه يفتي الفضلى « رح » ، وهو قول إسماعيل بن حماد « رح » عن أبي حنيفة « رح » ، وهكذا قال نصر بن يحيى « رح » وقال الاسكاف « رح » وعامة مشايخ « رح » ما وراء النهر ، يحبسه ولا تقبل هذه البينة ، لأنه بنية على النفي ، إلا إذ

قال في الكتاب خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة ، وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى . وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين ، فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً ، أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلي سبيله ، ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة ، فظهرت مماطلته

تأيدت بتأييده بعد مضي المدة تأيدت . وقاله شيخ الاسلام « رح » سؤال القاضي عن المحبوس بعد حبسه احتياط ، وليس بواجب ، ولو طلب يمين الطالب عنه لا يعرف أنه معدم ، يحلف ، فإن نكل أطلقه ، وإن حلف أبد الحبس . وقال أبو القاسم « رح » كيفية الشهادة أن يقول أشهد أنه مفلس ، لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه ، وثياب ليله ، وقد اختبرنا أمره سراً وعلانية .

(وقال في الكتاب) اي وقول القدوري « رح » (خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة) يعني المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجه من الحبس ، في الملازمة هل للطالب ذلك أم لا (وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى) اي المنع في باب الحجر بسبب الدين عند قوله ، ولا يحول بينه وبين غرماء بعد خروجه من الحبس ، يلازمونه ... إلى آخره . والمراد من الملازمة الطواف معه ، اي طاف حتى يأخذ وأفضل كسبه لا المطالبة .

(قال) اي المصنف « رح » (وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين ، فإنه يحبسه ، ثم يسأل عنه ،فإن كان موسراً أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلي سبيله) إنما ذكر رواية الجامع الصغير دفعاً لتوهم التناقض بين روايته ورواية القدوري « رح » ، وهذا لأنه روى لفظ القدوري في أول الفصل بقوله ، وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه ، لم يعجل بحبسه ، ثم قال وهذا إذا ثبت الحق بإقراره ، ولفظ الجامع الصغير « رح » يدل على جواز الحبس متصلا بالإقرار ، وبينهما وهم التناقض ،فدفع هذا الوهم بقوله (ومراده) يعني مراد محمد « رح » (إذا أقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته) قال الأترازي « رح » يعني مراد محمد « رح » ، فيما إذا ثبت الحق

والحبس أولاً ، ومدته قد بيناه ، فلا نعيده . قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته ، لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس الوالد في دين ولده ، لأنه نوع عقوبة ، فلا يستحقه الولد على الوالد ، كالحدود والقصاص ، إلا إذا امتنع عن الإنفاق عليه ، لأن فيه إحياء لولده ، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله أعلم .

بالإقرار ، ثم ثبتت المماطلة ، فترافعا إلى القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار ، فاندفع ذلك الوهم . وقال فخر الإسلام رحمه الله ، معنى المسألة ، إذا كان جاحداً ، فأقر عنده ، وظهر القاضي جحوده عند غيره ، ومماطلته ، او ظهر له مماطلته بعدما أقر عنده ، فحينئذ يحبسه ، فأما إذا أقر مرة فلا يحبسه .

(والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعيدة) اي الحبس المذكور أولاً قبل السؤال في الجامع الصغير في قوله يحبسه ، ثم يسأل عنه ، قد بينا ذلك قبل هذا في رواية القدوري « رح » عنده يحبسه شهرين او ثلاثة ، ثم يسأل عنه ، وبينا مدة الحبس فيها . قلت إعراب الرفع أن قوله والحبس مبتدأ أولاً نصب على الظرف ، ومدته عطف على المبتدأ ، وقوله وقد بيناه ، خبر المبتدأ . وأما وجه الذهب ، فعلى تقدير بينا الحبس ، ومدته بالنصب أيضاً عطفاً عليه ، وقوله قد بيناه مفسر لذلك المقدر .

(ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع) وفي أكثر النسخ . قال اي القدوري « رح » ويحبس الرجل إلى آخره ، لأنه ظالم فيحبس وإن كان مقدار النفقة يسيراً ، بأن كان درهماً او دانقاً (ولا يحبس الوالد في دين ولده لأنه) اي لأن الحبس (نوع عقوبة ، فلا يستحق الولد على الوالد كالحدود والقصاص) فإن الوالد لا يؤاخذ بهما لأجل ولده (إلا إذا امتنع عن الإنفاق عليه) اي على ولده ، لأن فيه إهلاكه ، وفي الإنفاق عليه إحياء له ، وهو معنى قوله (لأن فيه) اي في الإنفاق عليه (إحياء لولده ، ولأنه) اي ولأن الإنفاق (لا يتدارك لسقوطها) اي لسقوط نفقة الولد (بمضي الزمان والله أعلم) اي الزمان بخلاف الدين حيث لا يسقط بمضي الزمان ، فافترقا في هذا الحكم ، فيفترقان في حق الحبس .

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده ، للحاجة على ما نبين ،

(باب كتاب القاضي الى القاضي)

اي هذا باب في بيان حكم كتاب القاضي إلى القاضي أورد هذا الباب بعد فصل الحبس ، لأن هذا من عمل القضاة أيضاً ، إلا أن السجن يتم بقاض واحد ، وهذا باثنين ، والواحد قبل الاثنين ، والقياس يأبي جواز العمل به ، لما فيه من شبهة التزوير ، إذ الخط يشبه الخط ، والخاتم يشبه الخاتم ، إلا أنه جوز لحاجة الناس إليه ، لحديث علي رضي الله عنه أنه جوزه لحاجة الناس إلى ذلك وعليه أجمع الفقهاء .

(قال) اي القدوري « رح » (ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق) التي تثبت مع الشبهات دون ما يندرىء بها (إذا شهد به عنده) اي إذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب إليه ، وشهد على صيغة المجهول (للحاجة) اي لحاجة الناس إليه (على ما نبين) إشارة إلى قوله بعد هذا المساس الحاجة ... إلى آخره . وفي الأجناس لا يكتب القاضي إلى القاضي فيما ينقل ويحول مثل العبد والدابة والثوب ، ويكتب في العقار ، ويسمع شهادة الشهود على ذلك ، إذا بين حدودها الأربع .

وقال أبو حنيفة « رح » لو كتبت في العبد ، لكتب في الناقة والحمار وفي هذين لا أكتب ، فكذلك في العبد ولا جعل الابق . قال أبو يوسف « رح » ، الكتب في العبد وفي الجارية لا يكتب في قولهم . وقال أبو يوسف « رح » في أدب القاضي ، أملاه رواية بشر بن الوليد في الجارية . الى هنا لفظ الأجناس . وقال في شرح الطحاوي ، وقال ابن أبي ليلى « رح » يقبل في جميع ذلك ، اي يقبل كتاب القاضي الى القاضي في المنقول وغيره ، ثم قال فيه ، والفتوى على هذا لتعامل الناس .

فإن شهدوا على خصم حاضر ، حكم بالشهادة لوجود الحجة ، وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً ، وإن شهدوا بغير حضرة الخصم ، لم يحكم ، لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها . وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى .

(فإن شهدوا على خصم حاضر) المراد من الخصم هنا ، الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعل وكيلا لأجل اثبات الحق عليه ، والمسخر هو الشخص الذي ينصبه القاضي من جهة الخصم ، لإثبات الحق ، ولو لم يكن خصم أصلا لا المدعى عليه ولا نائبة .وقد حكم القاضي بالشهادة ، كان قضاء على الغائب ، وهو لا يجوز عندنا .وعند الأئمة الثلاثة « رح » يجوز الحكم على الغائب فلا يحتاج الى خصم (حكم بالشهادة لوجود الحجة ، وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا) اذ السجل لا يكون الا بعد الحكم (وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم ، لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، وكتب بالشهادة) اي كتب القاضي بما يسمعه من الشهادة الى القاضي (ليحكم المكتوب اليه) اي القاضي المكتوب اليه (بها) اى بهذه الشهادة ، لكن اذا ثبت عنده أنه كتاب القاضي الكاتب ، وهو بمنزلة نقل الشهادة .

(وهذا هو الكتاب الحكمي) اي وهذا الكتاب الى القاضي يسمى الكتاب الحكمي ، لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب اليه (وهو نقل الشهادة في الحقيقة) ألا ترى أن للقاضي الأول أن يبطله قبل أن يبعث به الى الثاني ، وكذا الثاني أن لا ينفذ بكتابه ، الا أن يكون ذلك برأيه كذا في المبسوط (ويختص) اى كتاب القاضي الى القاضي (بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى) في هذا الباب ، ومن الشرائط المعلومة خمسة ، ذكرها في الذخيرة : وهو أن يكون القاضي الكاتب معلوماً ، والقاضي المكتوب اليه معلوماً ، والمدعى به معلوماً ، والمدعى عليه معلوماً ، والمدعى بـه المعلوم ثم اعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين يكون يذكر اسمه واسم أبيه واسم جده او قبيلته ، لأن

وجوازه لمساس الحاجة ، لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمـــع بين شهوده وخصمه ، فأشبـــه الشهادة على الشهادة ، وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة ، والمضاربة المجحودة ، لأن كل ذلـــك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف ، لا يحتاج فيه إلى الإشارة ،

اعلام الانسان اذا كان غائباً بهذه الأشياء ، ولو لم يذكر اسم أبيه وجده لا يحصـــل التعريف بالاتفاق ، ويذكر أبيه دون جده وقبيلته يحصل التعريف عند أبي حنيفة «رح» ان كان مشهوراً .

(وجوازه) اى جواز نقل كتاب القاضي الى القاضي ، وهذا هو الموعود بقوله على ما نبين (لمساس الحاجة) اى لشدة حاجة الناس اليه (لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فأشبه الشهادة على الشهادة) تقرير هـــذا أن جوازه ثابت لمشابهة الشهادة على الشهادة لاتحـــاد المناط ، وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم ، فكما تجوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق الناس ،فكذلك جواز الكتاب لذلك والايراد بالشاهد القياس لما ذكرنا أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان .

(وقوله) أي قول القدوري « رح » (في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح) بأن ادعى رجلاً نكاحـــاً على امرأة ، أو بالعكس ، وكذلك الطلاق ، إذا ادعت امرأة على زوجها (والنسب) بأن ادعى نسباً من الميت (والمغصوب) بـأن ادعى غصباً على رجل (والأمانة المجحودة) الوديعة التي جحدها المودع (والمضاربة المجحودة) التي جحدهـــا المضارب ، وإنما قيد بالجحد فيهما ، لان المودع والمضارب لو كانا مقرين ، لا حاجـــة إلى كتاب القاضي (لا ذلك كله) أي المذكور من هذه الأشياء كله (بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب ، وكذا يجوز فيما كان بمنزلته .

(وهو) أي الدين (يعرف بالوصف ، لا يحتاج فيه إلى الإشارة) فـــان قيل لا نسلم عدم الاحتياج في الإشارة فيما سوى الدين ، فان الشاهد يحتاج أن يشير إلى الرجل والمرأة

ويقبل في العقار أيضاً ، لأن التعريف فيه بالتحديد ، ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها ، وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه .

عند دعوى النكاح من الجانبين ، وكذلك في الأمانة والمغصوب . قلنا لا ، بل النكاح ونظائره المذكورة ، لا يحتاج إلى الإشارة ، لأن دعوى المدعي يضمن النكاح لا نفس المرأة ، وكذلك نظائره ، لانها من الأفعال ، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة والمدعي هو العقد (ويقبل في العقار أيضاً) أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في دعوى العقار أيضاً (لان التعريف فيه) أي في العقار (بالتحديد) أي ببيان حدوده الاربعة .

(ولا يقبل) أي كتاب القاضي إلى القاضي (في الاعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة) عند الدعوى والشهادة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » في العبيد والجوار ، وهو القياس والمنصوص عن الشافعي « رح » أنه لا يجوز في المنقول ، وهو أصح الروايتين عنده .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه) أي أن كتاب القاضي إلى القاضي (يقبل في العبد دون الامة لغلبة الإباق فيه دونها) أي في العبد دون الامة ، لان العبد يخدم خارج البيت ، فيقدر على الإباق غالباً ، فتمس الحاجة إلى الكتاب ، بخلاف الامة ، فانها تخدم في البيت ، فلا تقدر على الإباق غالباً ، فلا تمس الحاجة . كذا في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ، قلت أكثر جوار أهل مصر تخرج إلى الاسواق وغيرها في أكثر الاوقات .

(وعنه) أي وعن أبي يوسف « رح » رواها عنه بشر بن الوليد « رح » (أنه يقبل) كتاب القاضي إلى القاضي (فيها) أي في العبد والامة (بشرائط تعرف في موضعه) وموضعه كتاب الإباق من المبسوط ، وأراد بها بيان حلية العبد وصفته ، ونسبة الذي أخذه ، والختم في عنقه ، وأخذ الكفيل .

وصفة ذلك بخاري أبق له عبد إلى سمرقند مثلا ، فأخذه سمرقندي . ويجوز المولى

وعن محمد «رح» أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله .

ببخارى ، فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده ، بحسب إلى ذلك ، ويكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ، ويشهد على كتابه شاهدين ، ويعلمها ما فيه ويرسلها إلى سمرقند ، فاذا انتهى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده بالكتاب وبما فيه ، فيقبل شهادتها ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعي ولا يقضي له لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد ، ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد ، ويجعل في عتق العبد خاتماً من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ، ويكتب كتاباً إلى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه ، وعلى ما في الكتاب ، فاذا وصل إلى قاضي بخارى يشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعي بشهادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد ، أنه حقه وملكه ، فاذا شهدوا بذلك ، قضى له بالعبد و كتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرىء كفيله .

وفي رواية عن أبي يوسف « رح » أن قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد ، لان الخصم غائب ، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ، ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعى عليه ، فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ، ويبرىء الكفيل وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبد ، غير ان القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعي ، ولكنه يبعث بها معه على يد أمين ، لئلا يطأها قبل القضاء بالملك ، زاعماً أنها ملكه . ولكن أبو حنيفة « رح » قال هذا استحسان ، فيه بعض قبح ، فانه إذا دفع العبد يستخدمه قهراً ، ويستعمله ، فيأكل من غلبته قبل القضاء بالملك ، وربما يظهر العبد لغيره ، لان الحلية والصفة يشتبهان ، فان المختلفين فيتفقان في الحلي والصفات فالاخذ بالقياس أولى .

(وعن محمد « رح » أنه) أى أن كتاب القاضي إلى القاضي (يقبل من جميع ما ينقل ويحول وعليه) أي وعلى قول محمد والمشايخ « رح » (المتأخرون « رح ») وهو

قال ، ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، لان الكتاب يشبه الكتاب ، فلا يثبت إلا بحجة تامة ، وهذا لأنه ملزم، فلا بد من الحجة

مذهب مالك وأحمد والشافعي « رح » في قول ، وقال الأسبيجابي وعليه الفتوى ، وفي الخلاصة « ولو كتب إسم القاضي ونسبه ، ولم يكتب إسم القاضي والمكتوب اليه ونسبه ولكن كتب إلى من بلغ كتابي هـــذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز ، وأبي يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم ، ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله ، وإن كتب فيه تاريخاً ينظر هل هو كان قاضياً في ذلك الوقت أم لا ، ولا يكتفي بالشهادة إذا لم يكتب مكتوباً . وكذا كونه كتاب القاضي ، لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحـــادثة ، ولم يكن مكتوباً ، كذا كونه لم يعمل به إلى هنا لفظ الخلاصة .

وفي شرح الطحاوي وكتـــاب القاضي إلى القاضي ، في حقوق النـــاس من الطلاق والعتاق وغيرها جائز إلا في الحدود والقصاص ، وفي خزانة الفقـه ويجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر إلى قاضي رستاق ، ولا يجوز من القاضي الرستاق إلى قاضي مصر .

(وقال) أي القدوري « رح » (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجـــل وامرأتين) يعني لا يقبل القاضي المكتوب اليه ، كتاب القاضي اليه إلا بحجة تامة ، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما في سائر الحقوق ، وكان الشعبي « رح » يقول بجواز كتاب القاضي بغير بينة ، قياساً على كتاب أهل الحروب ويجيء الجواب عنـه عن قريب (لأن الكتاب يشبه الكتاب ، فلا يثبت إلا بحجة تامة ، وهـــذا) أي اشتراط الحجة (لأنه) أي لأن كتاب القاضي إلى القاضي (ملزم فلا بد من الحجة) وهـذا عنه عامة الفقهاء ، وعن الحسين البصري والعنبري وأبي ثور والإصطخري وأبي يوسف « رح » في رواية ومالك « رح » في رواية مثل قول الشعبي « رح » فإنهم قالوا إذا كان القـــاضي المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قبله كما في سائر الاستئمان بقوله :

بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب ، لانه ليس بملزم ، بخلاف رسول القاضي إلى المزكى ورسوله إلى القاضي ، لان الإلزام بالشهادة لا بالتزكية ، قال ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ، ليعرفوا ما فيه ، أو يعلمهم به ، لانه لا شهادة بدون العلم ، ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم كيلا يتوهم التغيير . وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » ،

(بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب ، لأنه ليس بملزم) فإن الإمام بالخيار إن أشاء عطى الأمان وإن شاء لم يعطه ، فلا يشترط فيه البينة ، وأجاب عن قولهم كما (وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله) أي ورسول المزكى (إلى القاضي)حيث يقبل من غير حجة تامة (لأن الإلزام بالشهادة) إذا القضاء مضاف إلى الشهادة(لابالتزكية) أي ليس الإلزام بالتزكية ، وهذا لو قضى بدون التزكية صح قضاءه ، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق .

وقال الاكمل رحمه الله ، وقبل قوله يشير إلى أن رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع ، فإنه ينعقد بكتابه وينعقد برسول أو اتحادهما في عدمه لأنالقياس يأبى جوازها وفرق بينهما بوجهين : أحـــدهما ورود الأثر في جواز الكتاب ، واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول ، فبقي على القياس ، والثـاني أن الكتاب كالخطاب ، والكتاب وجد من موضع القضاء ، فكان الخطاب من وضع القضاء فيكون حجة،وأما الرسول فقائم مقام الرسل ، والمرسل في هذا الموضع من يقال ، وقول القاضي غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا .

(قال) أي القدوري « رح » (ويجب أن يقرأ) القاضي الكاتب (الكتابعليهم) أي على الشهود (ليعرفوا فيه) أي في الكتاب (أو يعلمهم) أى او يعلم القاضي الشهود (به) أى بما في الكتاب (لأنه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه) أى الكتاب (بحضرتهم ويسلمه اليهم ، كيلا يتوهم التغيير وهذا) أى ما ذكر في الوجهين (عند أبي حنيفة ومحمد

لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط . وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ، ولهذا يدفع إليهم كتاباً آخر غير مختوم ، ليكون معهم معاونة على حفظهم . وقال أبو يوسف « رح » آخراً شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وخاتمه . وعن أبي يوسف « رح » أن الختم ليس بشرط أيضاً ، فسهل في ذلك مـــا ابتلي بالقضاء ليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي « رح » قول أبي يوسف « رح »

« رح ») وبه قال الشافعي وأحمد ومالك « رح » في رواية (لأن علـم ما فى الكتاب والختم بحضرتهم شرط) ارتفاع شرط على الخبرية والمبتدأ هو قوله هذا ، وقوله إن علم ما في الكتاب معناه ، لأن علم ما في الكتاب، فإن كان عند أحد وجه غير هذا فليبين (وكذا) أى وكذا بشرط (حفظ مـــا في الكتاب عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

(ولهذا) أى ولكون اشتراط حفظ ما فى الكتاب (يدفع اليهم) أى إلى الشهود (كتاباً آخر غير مختوم ، ليكون معهم معاونة على حفظهم) فإن فات شيء من الأمور لا يقبل الكتاب عندهما (وقال أبو يوسف « رح » آخراً) أى في قوله الأخير ، إنمـــا قال ذلك لان قوله الاول مثل قول أبى حنيفة ومحمد « رح » (شيء من ذلك) هـــذا مقول القول ولفظ شيء مبتدأ ، وإن كان نكرة ، لأنه تخصيص بقوله من ذلك إلى شيء كائن من ذلك ، أى علم ما في الكتاب ، وحفظه والختم بحضرتهم وقوله (ليس بشرط) خبر المبتدأ المذكور (والشرط) أى عند أبي يوسف « رح » (أن يشهدهم أن هـــذا كتابه وخاتمه) وبه قال مالك « رح » في رواية .

(وعن أبي يوسف «رح» أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة) لان الخبر يحتمل الصدق والكذب ، وليس في المعـــاينة احتمال (واختار شمس الائمة السرخسى رحمه الله قول أبي يوسف « رح ») تيسيراً على النـــاس

واجمعوا في الصك أن الإشهاد عليه لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب . قال الكاكي « رح » فاحفظ هذا ، فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك يشهدون على ما في الصك غير قراءة الحدود وغير ذلك . كذا في مختلفات القاضي وما قالاه احتياط » وما قاله أبو يوسف «رح» توسع ، ومن الشرائط عندهما ، أن يحفظوا شهادة ما في الكتاب من وقت التحمل إلى وقت الاداء كما في جميع الشهادات . كذا في الذخيرة، ومن الشرائط عندهما أن يكون الكتاب معنوناً ، بأن يكتب فيه ، هذا الكتاب من فلان بن فلان القاضي ببلد كذا إلى فلان بن فلان القاضي ، والشرط العنوان الباطن عندهما ، لا على عنوان الظاهر ، حيث لو ترك العنون الظاهر اكتفى المكتوب اليه بالعنوان ، وجاز ذلك ، وعلى العكس لا يجوز .

وصورة الظاهر في زماننا أن يكتب قبل كتابة التسمية عن جانب اليسار من فلان أبن فلان إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، ويكتب من جانب اليمين فوق كتابه بسم الله الملك الحق المبين ونحو ذلك إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، فإن كتب إلى قاضي فلان كذا، وفي البلد قاضيان لا يصح ، ولو كان قاض واحد يصح ثم يكتب على ظهر الكتاب من قبل اليسار على الصدر من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ونواحيها ، ويكتب على الظهر من قبل اليمين بسم الله الملك الحق المبين إلى قاضي بلد كذا فلان بن فلان، وإلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، ثم يكتب البسملة هذا الكتاب اطال الله بقاء فلان القاضي إلى آخره ، كما هو الوسم في الكتاب ثم يكتب أما بعد ، ثم اعلم انهم اختلفوا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي فيها ، وكثير منهم قالوا لا يجوز فيما دون مسافه السفرة به ، قال الشافعي وأحمد « رح » في وجه ، وحكى الطحاوى « رح » عن أبي حنيفة « رح » وأصحابه أنه يجوز فيما دون السفر . وقال بعض المتأخرين من أصحابنا هذا مذهب أبي يوسف ومحمد « رح » وبه قال مالك « رح» .

(قال) أي القدورى « رح » (فإذا وصل) أى كتاب القاضي (إلى القاضي لم يقبله)

إلا بحضرة الخصم ، لأنه بمنزلة أداء الشهادة ، فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب ، لأنه للنقل لا للحكم . قال فإذا سلمه الشهود إليه نظر الى ختمه ، فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأ علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم ، وألزمه ما فيه . وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » اذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة

وفي بعض النسخ لم يفتكه من الإفتكاك ، والاول أوفق لرواية الكتب في الجوامع وفتاوى قاضي خان (إلا بحضرة الخصم لانه) أى لان الكتاب (بمنزلة اداء الشهادة ،فلا بد من حضوره) أى حضور الخصم (بخلاف سماع القاضي الكاتب) حيث يسمع الشهود وإن كان الخصم وهو المدعى عليه غائباً (لانه) أى لان سماعه (للنقل لا للحكم) فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفرع شهادة الأصول ، وفي التحمل لم يشترط حضور الخصم فكذا هنا . وقال في شرح الاقطع ، وقال ابو يوسف « رح » يقبله من غير حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه ، فكان له أن يقبله ، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب ، فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به .

(فإذا سلمه الشهود اليه) وفي بعض النسخ قال أى القدورى « رح » إذا سلم الشهود الكتاب إلى القاضي المكتوب اليه (نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأ علينا وختمه فتحة القاضي) المكتوب اليه (وقرأه على الخصم والزمه ما فيه) أى في الكتاب (وهذا) أى المذكور (عندابي حنيفة ومحمد « رح » ، وقال أبو يوسف « رح » إذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر) أشار إلى ما قال قبل هذا وقال أبو يوسف « رح » آخراً شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط ان يشهدهم أن هذا كتابه وختمه .

(ولم يشترط) أي القدوري « رح » (في الكتاب) أي في مختصره (ظهور العداله

للفتح ، والصحيح أن يفض الكتاب بعـــد ثبوت العدالة ، كـــذا ذكره الخصاف «رح» ، لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود ، وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ، وانمـــا يقبله المكتوب اليه ، اذا كان الكاتب على القضاء ، حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب ، لا يقبله لانـــه التحق بواحد من الرعايا ؛ ولهذا لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله ، أو في غير عملهما ؛

للفتح) أي فتح الكتاب لأنه قال ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمـــه الينا في مجلس حكمه ، وقرأه علينا وختمه فتحة القاضي ، ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا ، فعلم أنه لم يشترط العدالة وقال المصنف « رح » (والصحيح أنه يفض الكتاب) أي يفتحه ويفك ضمته (بعد ثبوت العدالة) .

(كذا ذكره الخصاف ، لأنه ربما يحتاج) أي المدعي (إلى زيادة الشهود) إذا لم تظهر العدالة (وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم) ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه ، واما إذا فك الخاتم ، فلا يمكنهم ذلك (وإنما يقبله المكتوب اليه) ذكر هـــذا تعريفاً على ما تقدم من مسائل القدوري ، أي وإنما يقبل الكتاب القاضي المكتوب اليـــه (إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل) أي القاضي الـكاتب (أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب) بأن فسق أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب (لا يقبله) وقال الشافعي وأبو يوسف « رح » وأحمد « رح » يقبله ويعمل به ، واستدل المصنف «رح» على عدم القبول بقوله (لأنه) أي لأن القاضي الـكاتب بالأمور المذكوره (التحق بواحد من الرعايا) لأنه حينئذ خرج من أن يكون حاكماً فلا ينفذ الحـكم بكتابه .

(ولهذا) أي ولكونه ملتحقاً بواحد من الرعايا (لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله ، أو في غير عملها) يعني إذا أخبر القاضي قاضياً آخر في غير عمل المخبر لا يقبـــل

وكذلك لو مات المكتوب اليه ، الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاً له ، وهو معروف ، بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا « رح » لأنه غير معرف .

ولو كان مات الخصم

كتابه ، فلأن لا يقبل كتابه إذا عزل أو مات بالطريق الأولى ، كذا قاله تاج الشريعة وفي الذخيرة قاضي خان التقيا في عمل أحدهما أو في مصر ليس من عملها ، فقال أحدهما للآخر ثبت عندي لفلان كذا فاعمل بما يحق لك لم يقبل منه ، ولم ينفذه لأن الخطأ والسماع أو أحدهما وجد من غير القاضي ، حيث لم يكن في مكان ولايته (وكذلك) أي وكذا لا يقبله قاضي آخر (لو مات المكتوب اليه) لأنه كتب إلى غيره وقد مات (إلا إذا كتب إلى فلان من فلان قاضي بلد كذا ، وإلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ يقبل الكتاب بعد موت قاضي تلك البلدة المكتوب اليه (لأن غيره) أي غير المكتوب اليه (صار تبعاً له ، وهو معروف) أي معلوم الذي صار تبعاً له معلوم .

(بخلاف ما إذا كتب ابتداء) من قاضي كورة كذا فلان بن فلان الفلاني (وإلى كل من يصل اليه) من قضاة المسلمين ، حيث لم يقبل (على ما عليه مشايخنا « رح » لأنه غير معروف) أي مجهول حاصل الكلام أما في الصورة الأولى صرح الكاتب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم ، بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، أو إلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ، لأنه اتى بما هو شرط ، وهو أن يكون من معلوم ، ثم صير غيره تبعاً له ، وأما في الصورة الثانية ، فإن كتب إبتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ، فإنه لا يصلح لأنه معلوم إلى مجهول ، والعلم فيه شرط ، وهو مذهب أبي حنيفة « رح » وقيل الظاهر أن محمداً « رح » معه وقيل رد لقول أبي يوسف « رح » في جوازه ، فإنه حين ابتلي بالقضاء وسع كثيراً ، تسهيلا للأمر على الناس .

(لو كان مات الخصم) يعني لو مات المدعى عليه قبل وصول كتاب القاضي إلى

ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ، ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص ، لأن فيه شبهة البدلية ، فصار كالشهادة على الشهادة ، ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما .

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها فيهما ،

القاضي (ينفذ) القاضي المكتوب اليه (الكتاب على وارثه) أي ورثة الخصم (لقيامه) أي لقيام الورثة (مقامه) أي مقام الخصم (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وبه قال الشافعي « رح » في قول آخر يقبل وبه قال مالك وأحمد « رح » لأن الاعتماد على الشهود قلنا (لأن فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية) لأن المكتوب اليه صار بدلاً عن الكاتب ، لأنه لم يشاهد الشهادة (فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيهما ، فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات (ولأن مبناهما) أي مبنى الحدود والقصاص (على الإسقاط وفي قبوله) أي وفي قبول كتاب القاضي إلى القاضي فيهما (سعي في إثباتها) فلا يجوز والله أعلم .

(فصل آخر)

أي هذا فصل آخر ، قيل لم يمض في هذا الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر وأجيب بأن هذا فصل آخر في كتاب أدب القاضي ، فإنه تقدم فصل في الحبس وهذا فصل آخر (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء) وقال الشافعي ومالك وأحمد « رح » لايجوز لأن المرأة ناقصة العقل غير أهل للحضور مع الرجال ومحافل الخصوم (إلا في الحدود والقصاص) مجمع عليه في الجواز (إعتباراً بشهادتها فيهما) أي قياساً على شهادتها فإن

وقد مر الوجه . وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء ، إلا أن يفوض إليه ذلك ، لأنه قلد القضاء دون التقليد به ، فصار كتوكيل الوكيل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته ،

شهادتها جائزة (وقد مر الوجه) أي مر وجه هذا في أول أدب القاضي ، أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهــلا للقضاء ، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص ، فهي أهــل للقضاء في غيرهما .

وقال الأكمل « رح » وقيل أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لأن فيــه شبهة البدلية ، فأنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيها ، فشهادتها كذلك، وقضاؤها مستفاد من شهادتها انتهى . وقال تاج الشريعة « رح » قوله وقد مر الوجه أي في كتاب الحــدود ، أي فيها شبهة البدلية ، قال الله تعالى ﴿ فإن لم يكونا رجلين ﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة .

(وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء ، إلا أن يفوض اليه ذلك) أي الاستخلاف وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » ولو أذن له في الاستخلاف يجوز بلا خلاف . ولو نهاه عن الاستخلاف لا يجوز بلا خــلاف . ولو ولاه وسكت عن الإذن والنهي ، فعندنا لا يجوز ، وبه قالت الائمة الثلاثة « رح » . وعن الاصطخري من أصحاب الشافعي يجوز إذا ولاه في عمــل لا يقدر أن يتولاه بنفسه (لأنه) أي لأن القاضي (قلد القضاء دون التقليد به) أي بالقضاء (فصار) أي حكمه (كتوكيل الوكيل) فإن الوكيل لايملك إلا إذا فوض اليه ذلك ، لانــه مطلق التفويض ليس بإذن الاستخلاف (بخلاف المأمور بإقامته الجمعة حيث يستخلف) أي حيث يجوز له الاستخلاف ، وإن لم يأذن له بذلك (لأنه) أي لأن أداء الجمعة (على شرف الفوات لتوقته) أي لتوقت أداء الجمعــة بوقت تفوت بانقضائه ، لان الموانع من إقامتها من المرض والحدث في الصلاة وغيرهما، قد يعتبر

فكان الأمر به إذناً في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء . ولو قضى الثاني بمحضر من الأول، أو قضى الثاني ، فأجاز الأول جاز كما في الوكالة ، وهذا لأنه حضره رأي الأول ،

به شيء من ذلك ، مع ضيق الوقت ولا يمكن انتظار الإمام الاعظم ، لانهـا لا تحتمل التأخير عن الوقت (فـكان الامر به) أي بأداء الجمعة (إذناً بالاستخلاف دلالة) أي من حيث الدلالة وإن لم يكن صريحاً .

لكن إنما يجوز ذلك إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة ، فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث ، فاستخلف من لم يشهدها جاز ، لان المستخلف بان لا مفتتح ، واعترض بمن أفسد صلاته ، ثم افتتح بهم الجمعة ، فإنه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ، لم يشهد الخطبة ، وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعه وصار خليفة للاول ، التحق بمن يشهد الخطبة .

(ولا كذلك القضاء) أي ليس القضاء كالجمعة ، لانه غير موقت يفوت بالتأخير عند العذر (ولو قضى الثاني) يعني لو استخلف القاضي بدون الإذن من الإمام ، وقضى هذا النائب كيف يكون حكمه . قال المصنف رحمه الله ولو قضى الثاني ، أي ولو حكم نائبه الذي ولاه (بمحضر من الاول) وهو القاضي المولى من الإمام (أو قضى الثـاني) وهو النائب عند غيبة المستنيب (فأجاز الاول) وهو القاضي المستخلف (جاز) إذا كان من أهل القضاة (كما في الوكالة) فإن الوكيل إذا لم يأذن له الموكل بالتوكيل ، فوكل وتصرف بحضرة الاول وأجازه الاول جاز (وهذا) أي وجه الجواز (لان) هذا يصلح انيكون دليلا للمسألتين . أما في هذه المسألة فلأنه ، أي فلأن الخليفة (حضره رأى الاول) أي رأى القاضي الاول الذي ولاه الخليفة وقت نعوده لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي ، أو أجازه قضاء حضره رأى القاضي فيكون راضياً به .

وأما في الولاية فيجيء في كتابها ، فإن قيل الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم اختلف في الجواز وعدمه ، فأجيب بالمنع ، فإن الالتقاء أسهل من الابتداء ، وإن

وهو الشرط . وإذا فوض إليه ، يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل ، حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح . قال وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه

الحكم الذي ادى له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضي فكأنه رضي الخليفة بتولية القاضي مقيداً به .

(وهو الشرط) أي حضور رأى الاول هو شرط الجواز (وإذا فوض اليه يملكه) أي إذا قال الخليفة القاضي ولمن شئت كان له أن يولي غيره (فيصير الثاني نائباً عن الاصل) أي فيصير النائب الذي ولاه القاضي المفوض اليه نائباً عن الخليفة (حتى لا يملك الاول عزله ، إلا إذا فوض اليه العزل ، وهو الصحيح) أي القاضي الاول لا يملك عزل القاضي الاول الذي هو نائب القاضي المولى من جهة الخليفة ، لانه صار قاضياً من جهة الخليفة ، فلا يملك القاضي المستنيب عزله ، وقال الشافعي واحمد « رح » يملك عزله لانه نائبه ، فصار كوكيله ، قلنا إنه صار قاضياً من جهة الخليفة إلا ان يقول له الخليفة ولمن شئت واستبدل من شئت ، فصار كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك ، صح توكيله على الموكل صار الثاني وكيل الموكل ، حتى لو مات الموكل ، انعزل الاول والثاني ، ولو مات الاول ، لا ينعزل وكيله . فكذا اذا عزله الاول .

(وإذا رفع الى القاضي حكم حاكم أمضاه) أي نفذه (الا أن يخالف الاجماع) كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهدات (أو الكتاب) كالحكم بحل متروك التسمية عامداً ، فانه مخالف لقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ١٢١ الانعام (أو السنة) أي او سنته المشهوره كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد نكاح الزوج الثاني بلادخول على مذهب سعيد بن المسيب « رض » وسعيد بن جبير « رض » ، فـان اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور ، وهو حديث العسيلة « رض » (بأن يكون قولاً لا دليل عليه) بيان لمخالفة الاجماع ، كما اذا مضى على الدين سنون ، فحكم بسقوط الدين عمن عليه ،

لتأخير المطالبة ، فانه لا دليل شرعي على ذلك ، وعلى النسخة الاولى قوله بأن يكون تعليلاً للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفاً للأدلة المذكورة ، بسبب انه يكون قولاً لا دليل عليه .

(وفي الجامع الصغير ، وما اختلف فيه الفقهاء ، فقضى بــه القاضي ، ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه) أي غير ما قضى به الاول ، انما نذكر لفظ الجامع الصغير بهذا اللفظ ، لان فيه فائدتين : أحدهما انه قيد بالفقهاء لان القاضي اذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد ، فاتفق قضاؤه ، فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه . كـذا ذكره في فصول الاستروشي « رح » محالاً الى المحيط . وفي الذخيرة ، لا ينفذه المدفوع إليه على قول العامة ، والفائدة الثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك . ففي روايـة القدوري « رح » لم يتعرض بذلك ، فيحتمل أن قوله أمضـاه فيما إذا كان رأي القاضي موافقاً لحكم الأول ، فإذا كان مخالفاً لا يمضيه ، فأبانت رواية الجامع بأن ذلك الإمضاء عام ، فيما سوى المستثنيات ، سواء كان يوافق رأيه أو يخالفــه ، لأن الحكم لاقى مجتهداً فيه ، ولا ينقضى باجتهاد آخر .

وقد صح عن عمر رضي الله عنه أنه قلد القضاء لأبي الدرداء رضي الله عنه بعد كثرة اشتغاله ، فاختصم إلى أبي الدرداء « رض » رجلان في شيء ، فقضى لاحدهما ، ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضى عليه ، فسأله رضي الله عنه عن حاله ، فقال قضي علي ، فقال عمر رضي الله عنه لو كنت مكانه لقضيت لك ، فقال المقضى عليه وما يمنعك من القضاء ، فقال عمر رضي الله عنه ليس هنا نص والرأي مشترك . ويروى أن عمر رضي الله عنه استعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه ، فقضى زيد رضي الله عنه بين رجلين ، ثم لقي عمر رضي الله عنه أحد الخصمين ، فقال إن زيداً « رح » قضى علي ، والباقي نحوه ، وعن عمر رضي الله أنه قضى في حارثة بقضية ، ثم قضى فيها بخلاف ذلك ، فقيل له في ذلك فقـال تلك كما قضيناه وهذه كما نقضي .

والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيـــه، ينفذ ولا يرده غيره، لأن اجتهـاد الثاني كاجتهاد الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينقض بما هو دونه، ولو قضي في المجتهد فيه، مخالفاً لرأيه، ناسياً لمذهبه، نفـــذ عنـد أبي حنيفة « رح »، وإن كان عابداً، ففيه روايتان، ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقـــين. وعندهما لا ينفـذ في الوجهين، لأنه قضى بمـا هو خطأ عنده، وعليـــه الفتوى،

(والأصل فيه) أي في تنفيذ القاضي ما رفع اليه إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة (أن القضاء حق لاقى فصلاً مجتهداً فيه) وفي بعض النسخ محلا مجتهداً فيـــه (ينفذ ولا يرده غيره، لأن الاجتهاد الثاني كاجتهاد الأول) في أن كلا منهما يحتمل الخطأ (وقـــد ترجح الاجتهاد الأول باتصال القضاء بـــه، فلا ينقض بما هو دونه) درجة، وهو لم يتصل القضاء به (فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه) حال كونه (ناسياً لمذهبه. نفذ عند أبي حنيفة « رح » وإن كان عابداً فيه روايتان) وفي بعض النسخ، فمنـه أي عن أبي حنيفة « رح » روايتان: في رواية لا ينفذ وبه كان يفتي شمس الأئمة الأوزجندي، لانه زعم فساد قضائه فتعامل في حقه بزعمه، وفي رواية ينفذ وبه كان يفتي الصدر الشهيد، والمرغيناني « رح »، وأشار إلى وجه هذا بقوله:

(ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين) لان كل مجتهد لا يقطع القول بـــأن الصواب اجتهاده دون اجتهاد خصمه، بل الامر محتمل عنده، فتعين الصواب فيما اتصل به القضاء حملا للأمر القضاء على الصواب. وذكر في الذخيرة الاختلاف في نفاذ القضاء، وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء.

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (لا ينفذ في الوجهين) أي النسيان والعمد وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله تعالى (لأنه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل بزعمه قال المصنف « رح » (وعليه الفتوى) لأنه زعم فساد قضائه والمرء مؤاخذ

ثم المجتهد فيه أن يكون مخالفاً لما ذكرنا، والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض، وذلك خلاف وليس باختلاف

بزعمه، كذا في المحيط. وذكر في الفتاوي الصغرى الفتوى على قول أبي حنيفة «رح» في نفاذ القضاء على خلاف المذهب. وفى فتاوى ظهير الدين «رح» استحق للسلطان أن ينقض ذلك.

(ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً للسنة لما ذكرنا) الكتاب والسنة المشهورة والاجماع (والمراد بالسنة المشهورة) بالرفع لأن خبر لقوله والمراد، أي المراد من السنة ليس مطلق السنة بل السنة المشهورة (منها) أي من السنة، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ ٢٢ النساء، فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته ووطئها إن وطئها الاب، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من دفع اليه (وفيما اجتمع عليه) أي في الذي اجتمع عليه (الجمهور) أي جمهور العلماء «رح» أي أكثرهم وأجلهم (لا يعتبر مخالفة البعض) أي بعض العلماء «رح» هذا إذا حكم الحاكم بخلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه.

وقال الاكمل «رح» ناقلاً عن السفناقي «رح» وينبغي أن يحمل كلام المصنف «رح» هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده، وذلك لقول ابن عباس رضي الله عنه في جواز ربا الفضل، فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه، فاذا حكم حاكم بجواز ذلك، وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه، فأما اذاسوغ له ذلك، لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنه في اشتراط حجب الام من الثلث إلى السدس بالجمع من الاقوة وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين، فان حكم به لم يكن مخالفاً للاجماع، وهذا هو المختار عند شمس الائمة «رح»، ولعله اختاره المصنف «رح» ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الاقل غير مانع لانعقاده، لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء «رح».

(وذلك) أي مخالفة البعض لما اجتمع عليه الجمهور (خلاف) أى مخالفة للأكثر (وليس باختلاف) لم يذكر أحد الفرق حينما وقعت عليه من الشروح والفرق بينهما ان

والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول . قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه ، فهو في الباطن ، كذلك عند أبي حنيفة « رح ».

الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً ، والمقصد واحد كخلاف الشافعي « رح » ، والخلاف هو أن يكون الطريق مختلفاً ، والمقصد مختلفاً ، فافهم فانه دقيق (والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) وهم الصحابة رضي الله عنهم . وفي الذخيرة إنما اعتبر الخصاف الخلاف بين المتقدمين ، والمراد من المتقدمين الصحابة رضي الله عنهم ،ومن معهم من السلف ، ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي « رح » ، والعدة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهداً فيه انتهى . والخلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة « رض » والتابعين « رح » لا الذي يقع بعدهم ، فعلى هذا إذا حكم الشافعي « رح » والمالكي « رح » برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الاول ، ورفع ذلك الى حاكم لم ير بذلك كان له أن ينقضه .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر) أي فيما بينا (بتحريمه فهو في الباطن) أي عند الله (كذلك) أي حرام (عند أبي حنيفة رضي الله عنه) ومن صور التحريم ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً ، أو أقامت بينة كاذبة وقضى القاضي بالفرقة ، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة ، فعلى قول أبي حنيفة « رح » ، وقول أبي يوسف « رح » أولاً لا يحل للزوج الاول وطئها ظاهراً أو باطناً ، ويحل للثاني ظاهراً وباطناً علم بحقيقة الحال أولاً وعلى قول أبي يوسف آخراً ومحمد والشافعي ومالك وأحمد « رح » لا يحل للثاني وطئها إذا كان عالماً بحقيقة الحال ، ومن صورة التحريم أيضاً وصي وصبية سبيا وهما صغيران ، فكبرا وأعتقا ، ثم تزوج أحدهما الآخر ، فجاء حربي مسلماً ، وأقام بينة أنهما ولداه ، فالقاضي يقضي بنسبهما ويفرق بينهما ، فان رجع الشهود ، أو تبين أنهم زور ، لا يسع للزوج وطأها عنده ، لان القضاء بالحرمة نفذ ظاهراً وباطناً ، وكذا عند محمد « رح » لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود .

وكذا إذا قضى بإحلال، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معـــين، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح. قال ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه. وقـال الشافعي « رح » يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق،

(وكـــذا اذا قضى) القاضي (باحلال) يعني إذا قضى القاضي باحلال شيء في الظاهر، فهو في الباطن كذلك، ومن صوره رجل ادعى على امرأة نكاحاً، وهي تجحد، فأقام عليها شاهدي زور، وقضى القاضي بالنكاح بينهمـا، حل للزوج وطأها، وحل للمرأة التمكين عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » في قولـه، والاول، وعند محمد وابي يوسف « رح » في قولـــه الاخير، وزفر والائمة الثلاثة « رح » لا يحل لهما ذلك (وهذا) أي هـــذا الذى ذكرناه (اذا كانت الدعوى بسبب معين، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، وقد مرت في النكاح) كنكاح وبيع وطلاق وعتاق لا في الاملاك المرسلة مثل أن يدعي الملك، ولم يذكروا السبب، فان الحكم فيها بشهادة الزور، لا ينفذ باطناً بالاجماع، ومن صور البيـع ما اذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور، سواء كانت الدعوى من جهة المشترى، مثل أن قـال بعتني هذه الجارية، أو من جهة البائع مثل أن يقول، اشتريت مني هذه الجارية، فانه يحل للمشترى وطأها في الوجهين جميعاً.

(ولا يقضي القـاضي على غائب) ولا يقضى له أيضاً عندنا (إلا أن يحضر من يقوم مقامه) مثل وكيل الغائب أو وصيه. (وقال الشافعي « رح » يجوز) إذا كان غائباً عن البلد أو عن مجلس الحكم إذا كان مستتراً في البلد قولاً واحداً، وبـــه قال مالك وأحمد « رح »، ولو كان غائباً في مجلس الحكم غير مستتر في البلد تقولان أصحها انه لا يحكم بدون حضوره، وبه قال مالك وأحمد، إذ في المستتر تضييع الحقوق، وفي غيره لا، والثـاني انه يجوز (لوجود الحجة وهي البينة، فظهر الحق) فيحل للقاضي العمـــل بمقتضاها

ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة بدون الإنكار ، ولم يوجد لأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء ، لأن أحكامها مختلفة . ولو أنكر ثم غاب ، فكذلك الجواب لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء

(ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة) لأن الشهادة خبر تحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل ، لأن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة اليها (ولا منازعة دون الإنكار) يعني لا تكون المنازعة إلا بالإنكار (ولم يوجد) .

فإن قيل قد قلتم بالشهادة بدون الإنكار اذا حضر الخصم وسكت. أجيب بأن الشرع أنزله منكراً حملاً لأمره على الصلاح ، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه حق ، كذا في المبسوط والأسرار والذخيرة . فإن قيل وقف الحكم إلى حضور المدعى عليه بعد ثبوت البينة غير مفيد ، لأن المدعى عليه لو حضر ، فإما أن يقر أو ينكر ، فعلى الوجهين كان الدعوى لازمة ، قلنا بل هو مفيد ، لأنه يحتمل أن يطعن في البينة ، ويثبت طعنه بالحجة ، ويحتمل أنه يسلم الدعوى ، ثم ادعى الأداء إلى المدعي ويثبت بالحجة .

(ولأنه) دليل آخر على المطلوب أي ولأن البيان (يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم، فيشتبه وجه القضاء) على الحاكم (لأن أحكامها) أي أحكام القضاء بالبينة والإقرار (مختلفة) فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ، ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة ، فإن الرجل إذا اشترى جارية مولده عنده ، فاستحقها رجل بالبينة ، فانه يأخذها وولدها ، وإن أقر بها لرجل لم يأخذ ولدها ، لأن البينة حجة مطلقة بخلاف الاقرار ، فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير (ولو أنكر) المدعى عليه (ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضي القاضي في غيبته (لأن الشرط قيام الاذكار وقت القضاء) لان البينة إنما تظهر حجة بالقضاء ، وبقاؤه شرط وهو محتمل ها هنا .

وفيه خلاف أبي يوسف « رح » ومن يقوم مقامه قد يكون بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي .

(وفيه) أي وفي الوجه (خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار إلى وقت القضاء ، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب ، وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات ، فان قلت احتج الشافعي « رح » بقوله عليه السلام البينــة على المدعي ، فاشتراط حضور الخصم لاقامة البينة زيادة عليه ، ومــا قالت هند « رض » يا رسول الله إن أبا سفيان « رض » فشيحج لا يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال عليه السلام خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف ، فقد قضى عليه وهو غائب ، قلت حجتنا نحن بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنــه ، لا تقص لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر ، فانك لا تدري بما تقضي رواه الترمذي « رح » وقال هذا حديث حسن .

وأما قوله عليه السلام ، البينة على المدعي ، فدليلنا لأن البينة إسم لما يحصل به التبيان ، وليس المراد بالبيان في حق المدعي ، لانه حاصل بقوله ، ولا في حق القاضي ، لأنــه حاصل بقوله المدعي إذا لم يكن له منازع إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاهــد ، وذلك إلا بحضوره ، وأما الجواب عن حديث هند « رض » ، فهو أنه عليه السلام كان عالماً باستحقاق النفقة على أبي سفيان « رض » ، ألا ترى أنها لم تقم البينة ، وقيل كان هذا فتوى وليس بحكم .

(ومن يقوم مقامه) لمــا ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك بقوله ، ومن يقوم مقامه ، أي مقام المدعى عليه الغائب ، ولا يخلو هــذا إلا بأن يكون (قد يكون بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي) قيد به احترازاً عن المسخر من جهة القاضي ، فان فيــه اختلاف الروايتان . وذكر في الذخيرة وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع القاضي الخصومة عليه ، وكذا لو أحضر المدعي رجلا غير الخصم ليسمع القاضي الخصومة عليه ، والقاضي يعلم أنــه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر ، وانما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيتــه ، ولا يحضر مجلس الحكم ، ولكن بعد بعث في بعتانه إلى باب داره

وقد يكون حكماً بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر ، وهذا في غير صورة في الكتب ، أما إذا كان شرطاً لحقه

ونادى على باب داره ، وقال احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك . أما في غير ذلك الموضع فلا .

(وقد يكون حكماً) هذا عطف على قوله قد يكون بإنابته ، أي قد يكون من يقوم مقامه حكماً (بأن يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر) أي يكون سبباً لا محالة ، أما إذا كان سبباً في وقت دون وقت ، لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب ، كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب أن زوجك وكلني أن أحملك اليه ، فقالت قد طلقني ثلاثاً ، وبرهنت قبلت في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغالب حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق ، أعادت البينة .

وأما صورة كون ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر فكثيرة ، منها رجل أقام بينة على آخر أن هذه الدار له ، إشتراها من فلان الغائب وهو يملكها ، وذو اليد غصبها منه وهو ينكر ، قبلت بينته ، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب ،حتى لو حضر الغائب وأنكر البيع ، لا يلتفت إلى إنكاره لأن الشراء من المالك سبب لما يدعى على الحاضر كالوكيل عن الغائب فصار إنكاره كإنكار الغائب .

(وهذا) أي ما يدعى على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر (في غير صورة في الكتب) ولهذا قال شيخ الإسلام « رح » وتفسير ذلك في مسائل منها ما ذكرناه الآن ومنها إذا ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه ، فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق ، فبرهن انه ذاب له على فلان ألف درهم ، فإنه يقضى بها ، ومنها إذا ادعى الشفعة في دار إنسان ، وقال ذو اليد ما اشتريتها من أحد والدار داري، فبرهن المدعي أنه اشتراها من فلان الغائب ، وهو يملكها وأنه شفيعها ، يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعاً .

(أما إذا كان شرطاً) يعني أما إذا كان ما يدعى على الغائب شرطاً (لحقه) أي لحق

فلا يعتبر به في جعله خصماً عن الغائب ، وقد عرف تمامه في الجامع .
قال ويقرض القاضي أموال اليتامى ، ويكتب ذكر الحق لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة .

المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته إن طلق فلان امرأته ، فأنت طالق ، فادعت امرأة الحالف عليه أن فلاناً طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة ، فلا تصح هذه البينة ولايقضي بوقوع الطلاق عليها أشار بقوله (فــلا يعتبر به في جعلة خصما عن الغائب) وهو قول عامة المشايخ « رح » لأن بينتها على فلان الغائب لا تصح ، لأن ذلك ابتــداء القضاء على الغائب . وقال فخر الإسلام الاوزجندي « رح » أن البينة تقبل ، ويجعل الحاضر خصماً عن الغائب كما في السبب ، لأن الدعوي والمدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط فإن قيل أليس لو قال لها إن دخل فلان الدار فأنت طالق ، فأقامت المرأة البينة أنــه دخل وفلان غائب ، كانت البينة صحيحة الجواب، إنما صحت هناك لأنه ليس فيهاإبطال حق الغائب ، فلا يكون قضاء على الغائب . (وقد عرف تمامه) أي تمام هــذا المذكور من المسألة (في الجامع) الصغير .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ويقرض) من الإقراض بالضاد المعجمة وفاعله (القاضي أموال اليتامى) قال تاج الشريعة « رح » أي إلى الثقات والثقة المــلي الحسن المعاملة ، وفي الاقضية إنما يملك القاضي الإقراض إذا لم يحصل غلبة لليتيم ، أما إذا وجد فلا يملكه ، هكذا روي عن محمد رحمه الله (ويكتب ذكر الحق) أي يكتب كتاباً وهو الصك لأجل ذكر الحق ، وهو الإقتراض (لأن فيالإقراض) أي في إقراضأموالهم (مصلحتهم) أي مصلحة لليتامى (لبقاء الأموال محفوظة)فإن القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه (مضمونة) لأن بالقرض تصير أموالهم مضمونة ، فيقرضها ، بخلاف الوديعة فإنه وإن حصل الحفظ بها فليست بمضمونة بالهلاك ، فلم تكن مضمونة ، فإن قيل نعم هو كذلك ، لكن لو لم يؤمن التوى بجحودالمستقرض ، أجاب المصنف«رح» عن هذا بقوله :

والقاضي يقـــدر على الاستخراج والكتابة لتحفظه ، وإن أقرض الوصي ضمن لأنه لا يقدر على الاستخراج . والاب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج .

(والقاضي يقدر على الاستخراج) لكونه معلومـــاً له (والكتابة لتحفظه) أي لتحفيظ القاضي بالكتابة ، وينتفي النسيان بها ، (وإن اقترض الوصي) أي مال اليتيم (ضمن لأنه لا يقـــدر على الاستخراج) لبقاء مخافة النوى ، وإن كان الحفظ والضمان موجودين (والأب) في إقراض مال الصغير (بمنزلة الوصي) حيث لا يجوز له الإقراض (في أصح الروايتين) وهو اختيار الإمام فخر الإسلام « رح » والصدر الشهيد « رح » والعتابي « رح » (لعجزه) لعجز الاب (عن الاستخراج) وفي رواية يجوز له ذلك ،لان ولاية الأب تعم المال والنفس ، كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له ، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده ، وإن أخذه الاب قرضاً لنفسه ، قالوا يجوز وروى الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » أنه ليس له ذلك .

* * *

باب التحكيم

وإذا حكم رجلان رجلاً ، فحكم بينهما ورضيا بحكمه ، جاز ، لان لهما ولاية على أنفسهما ، فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما ،

(باب التحكيم)

أي هذا باب في بيان التحكيم ، وهو مصدر من حكم بالتشديد ، يقال حكمه ، أي فوض اليه الحكم ، وهو أيضاً من أنواع القضاء ، إلا أنه أخر ذكره لان حكمه أدنى حالاً من حكم القاضي ، وهذا إذا خالف حكمه مذهب القاضى الذي ينمى اليه أبطله ، ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص ، بخلاف حكم القاضي ، ويجوز حكم القاضي رضى الخصم بذلك أم لا ، ولا يجوز حكم المحكم إلا برضى الخصمين ، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ ٣٥ النساء ، فلما جاز التحكيم بين الزوجين دل على جوازه في سائر الخصومات وأما السنة فما روى ابن شريح « رح » أنه قال يا رسول الله ﷺ إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم ، فرضى عني الفريقان ، فقال عليه السلام ما أحسن هذا . رواه النسائي « رح » ، وأما الإجماع فإن الصحابة رضى الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم .

(وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما ، فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما) ولا ينفذ على غيرهما حتى لو ظفر المشترى بعيب ، فحكم هو والبائع رجلا فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه ولو اصطلح البائع الاول والثاني والمشترى جميعاً على حكمه ، يرده على البائع الاول استحساناً ، والوكيل بالبيع إذا ظفر المشترى بعيب فاصطلحا على حكم فرده بعيب لا يحدث مثله جاز على الامر في رواية ، وفي رواية جاز عليه دون الامر ، وإن كان عيب يحدث مثله

وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم ، لانـــه بمنزلة القاضي فيما بينهما ، فيشترط أهلية القضاء . ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذمي ، والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهليـــة القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة .

يلزم البائع إلا إذا حكماه برضا الامر كذا في المحيط (وهذا) أي وهذا الذي ذكرناه إنما يصح (إذا كان المحكم) بتشديد الكاف المفتوحة (بصفة الحاكم) المولى (لانه) أي لان الحكم (بمنزلة القاضي فيما بينهما) أي فيما بين المحكمين .

واعترض بانه لو كان كذلك ، لما وقـــع التفرقة بينهما في حق التعليق والإضافة إلى المستقبل على قول أبي يوسف « رح » لكنها وقعت ، فإنهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده ، وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين . والمقصود به قطع المنازعة ، والصلح لا يعلق ولا يضاف بخـــلاف القضاء والامارة لانه تعريض (فيشترط اهلية القضاء) هـذا نتيجة قوله ، لانه بمنزلة القاضي ، فلذلك ذكره بالفاء أي يشترط أهليـــة القضاء ووقت التحكيم ووقت الحكم ، حتى لو حكما عبداً ثم أعتق أو صبياً ثم بلغ ، أو ذميـاً فأسلم ، وحكم لا ينفذ حكمه كما في المولى ، وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ، ثم ارتد وكذا على القلب في الكل لا ينفذ حكمه ، كذا في المغني والمحيط .

(ولا يجوز تحكيم الكافر ، والعبد ، والذمي ، والمحدود في القـــذف ، والفاسق والصبي) هذا لفظ القدوري « رح » في مختصره ، وهـــذا كله من إضافة المصدر إلى المفعول ، لانه لو جعل من قبيل اضافة المصدر إلى الفاعل ، ينقلب حكم المسألة ، فان ذلك جائز ، وفي المغنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر ، وتحكيم الذمي لا يجوز بين المسلمين ، أما لو كان الذي حكما فيما بين الذميين يجوز لانه من أهـل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين (لانعدام أهلية القضاء) أي في المذكورين (إعتباراً بأهلية الشهادة) أي لاجل الاعتبار بأهلية الشهادة ، فإنهم غير أهل الشهادة والقضاء مبني عليها.

والفاسق إذا حكم ، يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى ، ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما، لانه مقلد من جهتهما، فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً. وإذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما . وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمعناه ، لانه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه .

(الفاسق) مبتدأ (إذا حكم) على صيغة المجهول بتشديد الكاف (يجب أن يجوز) خبر المبتدأ (عندنا) خلافاً للشافعي « رح » (كما مر في المولى) أي وفي القاضي الفاسق المولى في اول كتاب أدب القاضي يعني إذا حكم الفاسق ينبغي أن يجوز قياسا على الفاسق إذا ولي القضاء ، ولكن لا ينبغي أن يتولى الفاسق القضاء ، وكذا لا يحكم الفاسق، وقد مر الكلام فيه مستوفى هناك (والكل واحد من المحكمين) بتشديد الكاف المكسورة وفتح الميم (أن يرجع ما لم يحكم) أي الحكم (عليهما) أي على المحكمين (لانه) أي لان الحكم (مقلد) بفتح اللام المشددة (من جهتها) أى من جهة المحكمين (فلايحكم إلا برضاهما جميعاً) وبه قال الشافعي « رح » في قول ومالك « رح » في رواية وأحمد « رح » في وجه .

(وإذا حكم) أى الحكم (لزمها) أى لزم المحكمين ما حكم به (لصدورحكمه) أى حكم الحكم « رح » (عن ولاية عليها) وبه قال الشافعى « رح » في قول مالك « رح » وأحمد « رح » عن الشافعي « رح » لا بد من تراضيها بعد الحكم ، وهو اختيار المزني (وإذا رفع حكمه) أى حكم الحكم (الى القاضي فوافق مذهبه امضاه ، لأنهلا فائدة في نقضه) أى في نقض القاضي حكم هذا الحكم (ثم في إبرامه) أى في حكمه قطعاً (على هذا [1] الوجه) أى الوجه الذى حكم به الحكم ، وفائدة امضاء الحاكم الحكم انه لو رفع اى حاكم يخالف مذهبه ، لم يتمكن من نقضه ولم يمضه لتمكن، لأن امضاء الأول بمنزلة حكم نفسه .

---

(١) ذلك — هامش .

وإن خالفه أبطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه . ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص، لانه لا ولاية لهمــــا على دمهما ، ولهذا لا يملكان الإباحة ، فلا يستباح برضاهما .

(وان خالفه أبطله) أي وان خالف حكم المحكم من مذهب الحاكم الذى رفع اليه أبطل حكم المحكم (لأن حكمه) أى حكم المحكم (لا يلزمـــه) أى لا يلزم الحاكم (لعدم التحكيم منه) أى من المحكم بخلاف حكم الحاكم ، فانه لا يبطله الثاني ، وان خالف مذهبه لعموم ولايته ، فكان قضاؤه حجة في حق الكل ، فلا يجوز لقـاض آخر أن يرده ، وعند مالك « رح » وابن أبي ليلى « رح » حكم المحكم في المجتهدات نافــذ كالمولى فلا يبطله وان خالف رأيه الا ان يكون جوراً بينا لم يختلف فيه أهل العلم .

(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) هذا مذهب الخصاف « رح » فانه قال التحكيم لا يجوز في الحدود له والقصاص ، واختــــاره القدوري « رح » في مختصره ، و كذلك اختاره المصنف « رح » . والمراد بالحدود التي هي الواجب حقاً لله تعالى . وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت الروايات فيهما ، فقـــال شمس الأئمة السرخسي « رح » في شرح أدب القاضي من أصحابنا من قالوا أنه يجوز هذا في الحدود الواجبة لله تعالى لأن الأيام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى . وأما في القصاص وحدالقذف فيجوز التحكيم لان الاستيفاء اليهما . وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص لأنه من حقوق العباد . وعن ابي حنيفة « رح » لا يجوز . وقـــال الشافعي « رح » لا يجوز في غير الاموال وما في معناها ، وبه قال مالك « رح » حتى لا يجوز في حد ولا في لعان ولا في قصاص وقذف او عتاق او نسب او ولاء لانهـــا مبنية على الاحتياط ، فيتعين القاضي المولى كالحدود (لأنه لا ولاية لهما على دمهما) هـــذا دليل القصاص . ولم يذكر دليل الحدود اى لأن الشأن لا ولايــة للمحكمين على دمهما (ولهذا) لا يملكان الإباحة (فلا يستباح برضاهما) ولو علل المصنف « رح » مثل ما علل لأن حكم المحكم ليس بحجة في غير المحكمين ، فكانت فيـــه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهـــات فكان أشمل .

قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ، كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح . إلا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعاً لتجاسر العوام فيه وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة ، لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم ، إذ لا تحكيم من جهتهم . ولو حكم على القاتل بالدية في ماله ، رده القاضي ويقضي بالدية

(قالوا) أي المشايخ « رح » من المتأخرين (وتخصيص) القدوري « رح » (الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات، كالطلاق والنكاح وغيرهما) كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف ، وهو الظاهر عند أصحابنا ، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى ، وقالوا يحتاج إلى حكم المولى ، كما في الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام ، كذا ذكره الصدر الشهيد « رح » في أدب القاضي . وفي الذخيرة وفتاوى المتابي « رح » يجوز حكم المحكم في اليمين المضافة ، لكن لا يفتي كيلا يتجاسر الناس . وقال شمس الأئمة الحلواني « رح » مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها ، وكان يقول ظاهراً المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الاستاذ ابا على النسفي « رح » كان يقول فكتم هذا الفصل ، ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا (وهو صحيح) أي التحكيم في سائر المجتهدات صحيح لأنه هو الظاهر عن أصحابنا .

(إلا أنه لا يفتى به ويقال) عند السؤال (يحتاج إلى حكم المولى) أي القاضي المولى (دفعاً) أي للدفع (للتجاسر من العوام[1] فيه) وقد ذكرناه . (وإن حكماه) أي فإن حكم المحكمان المحكم (في دم خطأ ، فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ، لأنه لا ولاية له) أي للمحكم (عليهم) أي على العاقلة (لعدم[2] التحكيم من جهتهم) وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين (ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية

---

(١) لتجاسر العوام فيه — هامش .

(٢) إذ لا — هامش .

على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضـــاً ، إلا إذا ثبت القتل بإقراره ، لان العاقلة لا تعقله ، ويجوز أن يسمع البينـة ويقضي بالنكول ، وكذا بالإقرار لانه حكم موافق للشرع . ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعداله الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله ، لان الولاية قائمة . ولو أخبر بالحكم

على العاقلة لأنه) أي لأن حكم المحكم على القاتل (مخالف لرأيـــه) أي لرأي القاضي (ومخالف للنص أيضـــاً) وهو حديث حمل بن مالك قوموا قدوه ، كما سيأتي في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى (إلا إذا ثبت القتل بإقراره) هذا استثناء من قوله رده القاضي ، أي رد القاضي قضاه بالدية في مـــاله ، إلا إذا ثبت القتل بإقرار القاتل ، فحينئذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل (لأن العاقلة لا تعقله) أي لا تعقل الإقرار ولا الصلح ولا العمد.

(ويجوز أن يسمع) أي المحكم (البينة ويقضي بالنكول) هذا لفظ القدوري «رح» وقال المصنف « رح » (وكذا بالإقرار لأنه) أي لأن كل واحد من سماع البينـــة والقضاء بالنكول وبالإقرار (حكم يوافق [1] الشرع) لأنـــه ليس الحكم إلا بواحد من هـــذه الأشياء . (ولو اخبر) أي المحكم (بإقرار أحد الخصمين) بأن قال لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي وقد ألزمتك بهذا أو حكمت به لهذا عليك ، فأنكر المقضي عليه أن يكون أقر عنده بشيء أو قامت عليـــه بينة بشيء له يلتفت إلى قوله ، وقضى القاضي ونفذ لان المحكم يملك إنشاء الحكم عليـــه بذلك .

(وهما) أي والحال أن المحكمين (على تحكيمهما يقبل قوله) أي قول الحكم (لأن الولاية قائمة) فيملك إنشاء الحكم ، ويملك الإخبار بهذه الأشياء (وإن [2] أخبر بالحكم)

---

(١) موافق للشرع — هامش .

(٢) فلو — هامش .

لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل . وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء ، وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة . فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم ، لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة . فكذا القضاء . ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما ، لانه أمر يحتاج فيه الى الرأي والله أعلم بالصواب .

بأن يقول كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لا يقبل قوله لانقضاء الولاية ، كقول المولى بعد العزل) لأنه لما حكم صار معزولاً ، ولا يقبل قوله إني حكمت بكذا ، كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله ، حكمت بكذا لا يقبل قوله فكذا هذا .

(وحكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل ، والمولى) أي القاضي المولى (والمحكم) أي الذي جعل حكماً (فيه) أي في بطلان الحكم (سواء ، وهذا) أي بطلاق الحكم (لانه) أي لأن الشأن (لا تقبل شهادته) أي شهادة المحكم (لهؤلاء) أي للوالدين والولد والزوجة (لمكان التهمة) وهو ظاهر (فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم ، لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة ، فكذا القضاء) إذا قضى عليهم .

(ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما) حتى لو حكم أحدهما ولم يحكم الآخر لا يجوز (لأنه) أي لأن التحكيم (أمر يحتاج فيه إلى الرأي والله أعلم بالصواب) لأن رأي الواحد ليس كرأي الاثنين ، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما ، لأنها بعد القيام كسائر الرعايا ، فلا تقبل شهادتها على فعل ما سواه ، والله أعلم بالصواب .

وفي المحيط ولو حكما حراً وعبداً محكماً لم يجز ، ولو حكم مسلم ومرتد رجلاً ، فحكم بينهما ، ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب ، لم يجز حكمه عليهما ، ولو أمر الإمام رجلاً أن يحكم بين الناس ، وهو ممن يجوز شهادته جاز ، ويصير كالقاضي .

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر ،فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً

ولو أمر القاضي رجلاً لم يجز إلا بإذن الامام . ولو حكم لا يجوز إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم ، أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم . ولو حكما رجلاً ، فأخرجه القاضي من الحكومة ، فحكم بعده ، فأجاز جاز . وليس للحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره ، ولو فوض وحكم الثاني بغير رضاهما ، فأجاز الأول لم يجز إلا أن يخيرا بعد الحكم . وقيل ينبغي أن يجوز كالوكيل الأول إذا جاز بيع الثاني ولو حكما واحداً ، فحكم لأحدهما ثم حكماً آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده ، وإلا أبطله . وكتاب الحكم إلى القاضي لا يجوز ، كما لا يجوز كتاب القاضي إليه . ولا يحكم الحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان والله أعلم .

(مسائل شتى)

أي هذه مسائل شتى (من كتاب القضاء) أي مسائل متفرقة متعلقة بكتاب القضاء . وأصل شتى من شت الأمر يشت شتاً ، إذا تفرق . يقال أمر مشت أي متفرق. وجاؤا أشتاتاً ، أي متفرقين ، وقوم شتى ، وأشياء شتى . قال الله تعالى ﴿ إن سعيكم لشتى ﴾ ٤ الليل ، أي ان عملكم لمختلف ، وفي تفسير إن أعمالكم لمختلفة ، وقد جرت عادة المصنفين أن يذكروا ما شذ من المسائل في آخر الكتاب استدراكاً للفاية ،ويترجموه بقولهم ، مسائل متفرقة أو بقولهم مسائل شتى ، أو بقولهم مسائل منثورة . وقال الاترازي « رح » ، وكان القياس على هذا أن يذكر صاحب الهداية مسائل هذا الفصل في آخر كتاب أدب القاضي انتهى . قلت الذي ذكره صاحب الهداية ها هنا ، هو القياس ، لان كل شيء قيل مسائل شتى من الأبواب والفصول من كتاب أدب القاضي ومتعلقاته فافهم .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر ، فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً) أصل يتد يوتد حذف الياء لوقوعها بين الياء

ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة « رح » معناه بغير رضاء صاحب العلو . وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو . وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قيل ما حكي

والكسرة ، والوتد بفتح الواو وكسر التاء . وقال الجوهري الوتد بالكسر واحد الاوتاد وبالفتح لغة ، وكذلك الود في لغة من يدغم ، تقول وتدت الوتد ثم وتداً ، وإذا أمرت قلت تـد وتدك بالميتدة ، وهي المدق انتهى . قلت الوتد في لغة البلدتين الخازوق ، وهو قطعة من الخشب أو الحديد يدق في الحائط ليعلق عليـه شيء أو يربط به شيء (ولا ينقب فيه كوة) قـال الاترازى الكوة بفتح الكاف كذا في الديوان هي الروزن . وفي المغرب الكوة نقب البيت والجمع كوى . وقـد يضم الكاف في الفرد والجمع – ويستدار مفاتح الماء إلى المزارع والجداول ، فيقال كوى النهر . وقال الجوهري الكوة نقب البيت والجمع كوا بالمـد ، وكوى أيضاً مقصور . والكوة بالضم لغة ويجمع على كوى . قلت الكوة بخش في الحائط غير نافذ من ورائها يحط فيها شيء (وهذا) أي الذي ذكرهامن عدم جواز دق الوتد ونقب الكوة (عند أبي حنيفة « رح ») وكذا لا يفتح باباًولايدخل جذعاً فيه ، ولا يهدم سفلة ، وكذا لم يكن لصاحب العلو أن يحدث في بنائه إلا أن يضع عليه جذعاً ولا كنيفـاً لم يكن (معناه) أي معنى قول محمد « رح » في الجامع ليس لصاحب المسفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة « رح » إنمـا أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر .

قيل بل عند أبي حنيفة « رح » الحظر أصل ، والإطلاق يعارض لعدم الضرر ، ولا خلاف فيما لم يضر لصاحبه ، فان له أن يصنع ما لا يضر به بالاتفاق وانمـا بالخلاف في حالة الاشكال أنـه يضر به أم لا ، فعند أبي حنيفة « رح » ليس لـه ذلك إلا برضى صاحبه .

(وقالا) أي قال أبو يوسف « رح » (يصنع ما لا يضر بالعلو) لأن التصرف حصل في ملكه (وعلى هـذا الخلاف) المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه « رح » (إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) بيتاً او يضع عليه جزوعاً ونحو ذلك (قيل مـا حكي

عنهما تفسير لقول أبي حنيفة « رح » فلا خلاف . وقيـــل الاصل عندهما الإباحة ، لانه تصرف في ملكه ، والملك يقتضي الإطلاق والحرمة يعارض الضرر ، فإذا أشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ، كحق المريض والمستأجر والإطلاق يعارض . فإذا أشكل لا يزول المنع . على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنـــه .

عنهمـا) أى عن أبي يوسف ومحمد « رح » (تفسير لقول أبي حنيفة « رح » فلا خلاف فيه) قال بعض المشايخ « رح » في شرح الجامع الصغير أن أبا حنيفة « رح » أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر ، فيكون فصلاً مجمعاً عليه ، لأن التصرف حصل في ملكه .

(وقيل) بل بينهم خلاف لأن (الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه ، والملك يقتضي الإطلاق والحرمة يعارض الضرر) أي إطلاق التصرف (فإذا أشكل) ولم يعلم أنه يضره أم لا (لم يجز المنع) لأن الأصل الإطلاق في تصرف ملـكه (والأصل عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (الحظر) أي المنع (لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) وتعلق حق الغير بملكه بين تصرفه فصار هذا (كحق المرتهن والمستأجر) في منع المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر .

(والإطلاق) أي إطلاق التصرف (يعارض) عدم الضرر (فإذا أشكل) بأن لم يعلم فيه ضرر أم لا (لا يزول المنع على أنه) أي مع أن التصرف فيه (لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء ونقضه ، فيمنع عنه) ولهذا لا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف . فكذا بعضه . وقال فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير وقول أبي حنيفة « رح » قياس . وقال قاضي خان « رح » لو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئراً أو مـا أشبه ، ويتضرر به صاحب العلو له ذلك عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » .

والأصل فيه قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام . وفي الأقضية لو انهدم

قال وإذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغـــة مستطيلة ، وهي غير نافـذة ،

السفل على البناء وبه قال الشافعي « رح » في الجديد ومالك « رح » في روايةوأحمد«رح» في رواية . وقـــالوا في رواية أخرى يجبر ويخير صاحب العلو ، فإن شاء بنى السفل إلى موضع علوه ثم يبنى علوه ويمنع صاحب السفل عن السكن فيه حتى يؤدي قيمة السفل . والصحيح أنه يعتبر قيمته يوم البناء لا وقت الرجوع بخلاف ما لو انهدم دارمشتركة،فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه ، لا يرجع على صاحبه بشيء ، وبه قـــال الشافعي « رح » في الأصح ، لأن هنا غير مضطر إلى البناء في نصيب شريكه . لأنه يمكنه أن يقاسم المساحة، ولهذا لا يجبر الشريك على بناء الجدار المشترك بعد انهدامه عندنا وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد ومالك « رح » في رواية .

ولو كان البيت صغيراً فانهدم ، ولا يمكن قسمة الساحة ، لا يكون متبرعاً في البناء ، وهكذا تقول في الطاحون والحمام حتى لو انهدم بعضه يرجع بحصة صاحبه عليه،ولوانهدم كله فـإن أمكن إلينا بعد القسمة يكون في البناء متطوعـاً وإلا لا كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كانت زائغة) أي سكة . قـــال الـكاكي « رح » وقال تاج الشريعة « رح » قوله زائغة أي سكة غير نافذة وفي بحجـــة الشرع الزائغة كوجة سميت بذلك لزيغها عن الطريق الأعظم . وقـال الاترازي الزائغة المحلة سميت بها لميلها من طرف إلى طرف ، متى زاغت الشمس إذا مالت . وفي تهـــذيب ديوان الأدب ، الزائغة الطريق الذي جاز عن الطريق الأعظم (مستطيلة) أي طويلة من استطال يعني طال (تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي نافذة) أي الزائغة المنشعبة غـير نافذة ، وكذلك الزائغة الأول أيضاً غير نافذة ، كذا ذكره التمرتاشي والفقيه أبو الليث « رح» حيث قالا سكة طويلة غير نافذة ، وسكة أخرى عن يمينها أو شمالها غير نافذة ، ولـكن في اكثر الكتب لم يقيد الاولى بكونها غير نافذة ، وتعليل الكتاب يقتضيذلك .

فليس لأهل الزائغة الاولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى لآن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة ، بخلاف النافذة ، لأن المرور فيها حق العامة . قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه رفع جداره . والأصح أن المنع من الفتح ، لأن الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ، ولأنه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب . وإن كانت مستديرة قد لزق

وصورتها هكذا .

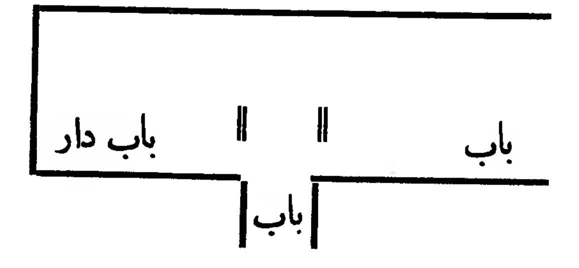
دار مستطيلة	باب

(فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى) أي السفلى (لأن فتحه للمرور لا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً) أي خاصته (حتى لا يكون لأهل الأولى) أي السكة الأولى (فيما بيع فيها) أي في السكة القصوى (حق الشفعة) لأن السكة لهم خاصة (بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة) وليست للسكان فيها خاصة (قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه) أي لأن الفتح (رفع جداره) ولأن يرفع جميع جداره بالهدم ، فرفع بعضه اولى ، ولهذا لو فتح كوة أو باباً للإستضاءة دون المرور لم يمنع . (والأصح ان المنع من الفتح ، لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور وفي كل ساعة ولأنه) إذا فعل ذلك (عساه) أي لعله (يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب) ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع .

(قال) أي محمد « رح » (وإن كانت) أي الزائغة القصوى (مستديرة قد لزق

طرفاها فلهم أن يفتحوا باباً ، لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة ، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها . قال ومن ادعى في دار دعوى ، وأنكرها الذي هي في يده ، ثم صالحه منها ، فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى . والمدعي وإن كان مجهولاً ، فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا ،

طرفاها) يعني سكة اعوجاج حتى بلـغ اعوجاجها رأس السكة ، والسكة غير نافذة (فلهم أن يفتحوا باباً) أي فلكل واحد منهم أن يفتح بابه (لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها ، إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منهـا) بهذه الصورة .



(قال) أي محمد « رح » (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي في يده ثم صالحه منها فهو جائز) قيل أراد به إذا كان المدعي به مقـــدراً معلوماً ، كالثلث ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة ، لأن الصلح يصح إذا كانت الدعوى صحيحة ، إمـا إذا كانت فاسدة أي هذه المسألة (وهي مسألة الصلح على الانكار ، وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى) والصلح على فلا يصح لإنـكار جائز عندنا خلافاً للشافعي « رح » هـذا جواب عما يقال كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى، ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لا يصح دعواه ، أجاب المصنف بقوله :

(والمدعي وإن كان مجهولاً فصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا) ثم علله بقوله

لأنه جهالة في الساقط فلا تقضى إلى المنازعة على ما عرف . قال ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت،فسئل البينة فقال جحدني الهبة ، فاشتريتها منه، وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض ، إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ، ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق . ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ، ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضاً ، ذكره في بعض النسخ

(لأنه) أي لأن المجهول (جهالة في الساقط فلا تفضى إلى المنازعه) والأصل فيه أن ما يجب تسليمه يشترط العلم به ، لأن الجهالة تقضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وما لا يجب تسليمه لا تضر الجهالة فيه (على ما عرف) في كتاب الصلح .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت) يعني أنه سلمها اليه في وقت (فسئل البينة) على دعواه (فقال) أي المدعي (جحدني الهبة) ولم يكن لي بينة في حق الهبة (فاشتريتهامنه وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة ، ولا تقبل بينة لظهور التناقض) والتناقض يمنع صحة الدعوى (إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة ، وهم يشهدون به) أي بالشراء (قبلها) أي قبل الهبة ، أي قبل عقدها .

(ولو شهدوا به) أي بالشراء (بعدها) أي بعد الهبة (تقبل لوضوح التوفيق) وهذا لأنه يمكنه أن يقول وهب لي منه شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع ، فلا تناقض ، وفي الوجه الاول التوفيق غير ممكن ، فيتحقق التناقض إذ لا يمكنه أن يقول وهب لي منذ شهر ، ثم جحدني الهبه فاشتريتها منذ سنة . وهذه المسألة تدل على أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن التوفيق وأما إذا أمكن فلا.

(ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها) أي قبل الهبة (ولم يقل جحدني الهبة ، فاشتريتها ، لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ) أي بعض نسخ الجامع

لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب ، ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضاً . بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرير ملكه عندها . ومن قال لآخر إن اشتريت مني هــذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها ، لأن المشتري لما جحد كان فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحدا .

الصغير ، ثم ذكر المصنف « رح » وجه عدم قبول البينة هنا للتناقض بقوله (لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب) في ذلك الوقت (ودعوى الشراء) قبل الهبة (رجوع منه) أي من الإقرار للواهب (فعدمنا قضاء) فلا يقبل بينته (بخلاف ما إذاادعىالشراء بعد الهبة) حيث تقبل بينته (لأن تقرير ملكه) أي ملك الواهب (عندهــا) أي عند الهبة ، فإن قبل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة ايضاً ، لأنه ادعى شراء باطلا ، لأنه ادعىشراء يملكة بالهبة ، أجيب بانه لا جحد الهبة ، فقد فسخها من الأصل وتوقفالفسخ في حق المدعى على رضاءه ، فإذا قدم على الشراء منه ، فقد رضي بذلك الفسخ فيها بينهما فإذا انفسخت الهبة بتراضيها ، واشترى مالا يملكه فكان صحيحاً .

(ومن قال لآخر اشتريت منه هذه الجارية فأنكر لآخر) أي الآخر المخاطب (إن أجمع البائع) أي إن قصد وعزم بقلبه ، وقيل يشهد بلسانه على العزم بالقلب (على ترك الخصومة وسعه) أي حل له أي للبائع (أن يطأها) أي الجارية وبه قال الشافعي «رح» في وجه وأحمد « رح » في رواية . وقال زفر « رح » لا يحل ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، لانه لما باعها فهي على ملك المشترى ما لم يبعها من البدائع أو يتقابلا (لأن المشترى لما جحد) أي البيع (كان فسخاً من جهته ، إذا الفسخ يثبت به) أي بالجحود (كما إذا تجاحدا) البيع لان الإقالة قد تكون بلفظ الإقالة ، وبلفظ الرد ويجحودهما،بان تجاحداالبائعلأن الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود وإنكار من الاصل فيجعلاحدهما مجازاً عن الآخر .

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ بمجرد العزم . وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل ، وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه .

(فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) بينهما،ألا ترى إلى ما قالوا في شروح الجامع الصغير إذا قال لآخر أجرتك هذه الدار بكذا أو بعتك هذا الثوب بكذا ، فأخذ الدار أو الثوب وذهب به ، كان ذلك قبولا منه ، كذا هذا ، فإن قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ،لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح،وحرمت على الخصومة ان تتزوج بزوج آخر إقامة لها مقام الفسخ ، لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم ، فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع (وبمجرد العزم) هذا جواب عما يقال الفسخ لا يثبت بمجرد العزم على الفسخ ، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد ، لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه فأجاب المصنف « رح » بقوله وبمجرد العزم أي بمجرد عزم الرجل .

(وإن كان لا يثبت الفسخ،فقد اقترن العزم بالفعل) أي فقد اقترن العزم بالفعل (وهو إمساك الجارية ونقلها) أي نقل الجارية من موضع الخصومة إلى بيته (وما يضاهيه) أي وما يشابه ذلك من الافعال كالكتابة والعرض على البيع والاستخدام لان إمساكها لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ دلالة كمن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوماً بكذا لتركبها إلى مكان كذا ، فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولاً دلالة ، لأن الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول (ولانه) دليل آخر ، أي ولان الشأن (لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى) بجحود العقد (فات رضاء البائع) وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع (فيستبد بفسخه) فليستقل البائع بفسخ العقد فيجعل عزمه فسخاً ، والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتباً على الفسخ من الجانبين ، وجعل جحوده فسخاً من جانبه

قال ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ، ثم ادعى أنه زيوف صدق . وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضاً ووجد أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ، ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز . والقبض

والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع ، وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده .

(قال ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم) أي بسبب من الاسباب من استقراض أو ثمن سلعة أو غصب أو وديعة (ثم ادعى انها زيوف صدق) أي القول قوله مع يمينه (وفي بعض النسخ) أي في بعض نسخ الجامع الصغير (اقتضى) أي لفظ اقتضى موضع قبض (وهو) أي لفظ اقتضى (عبارة عن القبض ايضاً) ولكن لفظ محمد « رح » في أصل الجامع الصغير اقتضى .

وفي المبسوط أقر الطالب أنه قبض ماله على فلان مائة ، ثم قال وجدتها زيوفاً فالقول قوله وصل أم فصل وقوله في الكتاب ، ثم ادعى انها زيوف صدق محمول على هذا أي وصل أم فصل وبه صرح المحبوبي « رح » في جامعه فقال هو مصدق وصل أم فصل وفي المبسوط في باب الإقرار بالدين لو قال لفلان علي الف من ثمن مبيع ، إلا انها زيوف او نبهرجة لم يصدق « رح » في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة « رح » وعندهما يصدق إن وصل ، ولا يصدق إن فصل . ولو أقر بالمال غصباً أم وديعة ، وقال هي نبهرجة أو زيوف صدق فصل أو وصل ، ولو قال علي الف من غير ذكر التجارة والغصب ، فقال بعض مشايخنا « رح » فهو على الخلاف المذكور . وقيل يصدق ها هنا إذا وصل بالإتفاق ، وقال الشافعي وأحمد « رح » إذا فصل لا يقبل في جميع الصور .

(ووجهه) أي وجه ما ذكر من تصديقه (أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ولهذا) أي ولكونها من جنس الدراهم (لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز) إذ لو لم تكن من جنسها ، كان التجويز استبدالاً وهو فيهما لا يجوز ، وقد تقدم (والقبض

لا يختص بالجياد ، فيصدق لأنه أنكر قبض حقه ، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفي لإقراره بقبض الجياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق . والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق ، لأنه ليس من جنس الدراهم

لايختص بالجياد) هذا جواب عما يقال ، الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق ،وهو الجياد حملاً لجهالته على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو أقر بقبض حقه ، ثم ادعى انه زيوف ، لم يسمع منه . فكذا هذا ، فأجاب بقوله والقبض لا يختص بالجياد ، وهومنع للملازمة والزيوف له حق قبضه ، لأنه دون حقه ، والممنوع من القبض ما يزيد على حقه ، وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجياد ، فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد ، فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضاً بل هو ينكر قبض حقه (فيصدق لأنه أنكر قبض حقه) لأن القول قول المنكر مع يمينه .

(بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه) أي وأقر أنه قبض حقه (أو الثمن) أي أو أقر أنه قبض (أو استوفى) أي أقر انه استوفى حيث لا يصدق (لإقراره بقبض الجياد صريحاً) في قوله أنه قبض الجياد (أو دلالة) في الثلاثة البقية (فلا يصدق) لأنه متناقض . أما في الأول فظاهر وكذا في غيره ، لأن حقه في الجياد ، فكان الإقرار بقبض حقه مطلقاً أقر بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضاً . وقال السغناقي « رح » في النهاية جمع المصنف « رح » بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق ، وليس الحكم فيها على السواء ، فإنه إذا أقر بقبض الجياد ، ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق لا موصولاً ولا مفصولاً ، وفيما بقي يصدق موصولاً ولا يصدق مفصولاً ، ثم أطال الكلام فيه .

(والنبهرجة كالزيوف) أي في حكم التصديق إذا قال اقتضيت من فلان كذا درهماً ، ثم ادعى انها نبهرجة يصدق ، كما إذا قال انها زيوفاً (وفي الستوقة لا يصدق ، لأنه ليس من جنس الدراهم) قال الكاكي « رح » ليس هذا الحكم على إطلاقه ، فإنه ذكر في المبسوط

حتى لو تجوز بهـــا فيما ذكرنا لا يجوز ، والزيف ما زيفه بيت المال ، والنبهرجة ما يرده التجار ، والستوقة مـا يغلب عليها الغش .

قال ومن قال لآخر لك علي ألف درهم ، فقال ليس لي عليك شيء ، ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم ، فليس

في الإقرر ، لو أقر قبض خمس مائة مما له على المديون ، ثم قال بعد أن سكت هي رصاص لم يصدق ، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان كان موصولاً ، فالقول قوله ، لأن الرصاص من الدراهم صورة ، وإن لم يكن منها معنى ، فكان بيناً مغير الظاهر كلامه إلى ما هو محتمل ، فيصح موصولاً ، وكذلك في الستوقة ، لأن الرصاص أبعد من الستوقة في اسم الدراهم ، والحكم في الرصاص هكذا فيجب أن يكون كذلك بالطريق الأولى (حتى لو تجوز بهـــا فيما ذكرنا) أي في الصرف والسلم (لا يجوز) لأنه ليس من جنس الدراهم . ثم بين الزيوف والنبهرجة والستوقة ما هي بقوله :

(والزيف ما زيفه بيت المال) أي رده ، وفي المغرب زافت عليـــه دراهمه ، أي صارت مردودة عليه لغش فيها (والنبهرجة مـــا يرده التجار) وقال الكاكي « رح » النبهرج الدراهم التي فضتها رديئة ، وقيل التي فيها الغلبة للفضة ، وقد استعير لكل باطل ومنه يهرج دمه إذا بطل . (والستوقة ما يغلب عليهـــا الغش) وهو بالفتح أردأ من النبهرجة ، وفي النوازل قال أبو نصر « رح » الزيوف هي الدراهم المغشوشة ، والنبهرجة هي التي تضرب من غير دار السلطان ، والستوقة صفر مموه بالفضة ، وكان الفقيـــه أبو جعفر يقول ، الزيوف ما زيفه بيت المال ، والنبهرجة ما يهرجه التجار ، والستوقة فارسية معربة ، وهي تعريب سدبر وفي المبسوط الستوقة كالفلوس ، فإنه صفر مموه من الجانبين ، وقيل معرب سرطاقة أي الطاقة الأعلى والأسفل فضة والأوسط صفر .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال) أي المقر له (ليس لي عليك شيء ، ثم قـــال في مكانه ، بل لي عليك الف درهم فليس

عليه شيء ، لأن إقراره هو الأول ، وقـــد ارتد برد المقر له ، والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه ، بخلاف ما إذا قال لغيره ، إشتريت ، وأنكر الاخر له أن يصدقه ، لأن أحـــد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى فيه أنــــه حقهما ، فبقي العقـــد فيعمل التصديق . أما المقر له ينفرد برد الإقرار ، فافترقا .

عليه) أي على المقر (شيء لأن الاقرار [1]) المعتبر (هو الأول ، وقد ارتد برد المقر له والثاني) وهو قوله بل لي عليك ألف درهم (دعوى فلا بـد من حجة) أي البينة (أو تصديق خصمه) حتى لو صدقه المقر ثانياً ، لزمه المال استحساناً (بخلاف مـــا إذا قال لغيره اشتريت) مني هذا العبد (وأنكر الآخر) يعني أقر بالشراء منه وأنكر المقر له (له أن يصدقه) بعد ذلك ، لإن إقراره ، وإن كان مما يحتمل الإبطال ، لكن المقر لم يستقل بإثباته ، فلا ينفرد أحد المتعاقدين بالفسخ ، وهو معنى قوله (لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد) يعني أن المقر لـــه لا ينفرد بالرد ، كما أن المقر لا ينفرد بإثباته .

(والمعنى فيه أنه) أي أن الفسخ (حقهما ، فبقي العقد فيعمل التصديق) بخلاف الأول فان أحدهما ينفرد بالاثبات ، فينفرد الآخر بالرد واليه أشار بقولـه (أما المقر له ينفرد برد الاقرار ، فافترقا) أي الحكمان المذكوران . وقال الأكمل رحمه الله قلت إن عزم المقر على ترك الخصومة ، وجب أن لا يفيد التصديق بعد الإنكار ، فان الفسخ قد تم ، ولهذا ، لو كانت جارية حل وطأها كما تقدم ، ويجوز أن يقال أن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك ، فان العزم والنقل كان دليل الفتح ، وبه سقط . قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ ، وذكر قبله ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من

---

(١) إقراره – هامش .

قال ومن ادعى على آخر مالاً ، فقال ما كان لك علي شيء قط ، فأقام المدعي البينة على ألف ، وأقام هو البينة على القضاء، قبلت بينته وكذلك على الإبراء . وقال زفر « رح » لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره، فيكون مناقضاً، ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للخصومة . ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ، ثم يقضي . وكذا إذا قال ليس لك علي شيء قط، لان التوفيق أظهر .

المشتري ، فات رضا البائع ، فيستبد بفسخه ، والتوفيق بين كلاميه صعب ، وذلك أنه قال ، لما تعذر استيفاء الثمن يستبد ، وها هنا قال ، لما أقر المشتري في مكانه بالشراء ، لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك علي شيء قط ، فأقام المدعي البينة على الف ، وأقام هو البينه على القضاء قبلت بينته و كذلك على الابراء) يعني لما تقبل البينة على القضاء ، فقيل أيضاً على الابراء . (وقال زفر « رح » لا تقبل) وبه قال ابن أبي ليلى « رح » (لأن القضاء يتلو الوجوب) لأنه تسليم مثل الواجب (وقد أنكره ، فيكون مناقضاً) في دعواه ، وقبول النية تقتضي دعوى صحيحة (ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعاً للخصومة والشغب) .

(ألا ترى) توضيح لما قبله (انه يقال قضى بباطل) كما يقال قضى بحق (وقد يصالح على شيء) بالانكار (فيثبت ثم يقضي) أي يؤدي ، والقضاء يجيء بمعنى الأداء. قال الله تعالى ﴿ فاذا قضيت الصلاة ﴾ ١٠ الجمة أي فاذا أديت (وكذا قال) أي الرجل المخاطب عند دعوى المال عليه (ليس لك علي شيء قط ، لأن التوفيق أظهر) لأن يقول ليس لك علي شيء في الحال لأني قد قضيتك حقك ، أو لأنك أبرأتني . ألا ترى أنه لو صرح به يصح ، وهذا لأن ليس لنفي الحال . فاذا أقام المدعي البينة على المدعى به

ولو قال ما كان لـــك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء ، وكذا على الابراء لتعذر التوفيق ، لانه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء ، وقضاء واقتضاء ، ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة . وذكر القدوري « رح » أنه تقبـل أيضاً ، لان المحتجب والمخدرة قد يؤدي بالشغب على بابه ، فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ، ولا يعرفه ، ثم يعرفه

والمدعى عليه على القضاء أو الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلا مـا لو دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه .

واستدلال الخصاف « رح » لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال ، ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد ، فلم تثبت عليه أقام المدعى عليه بينـــة على الابراء أو العفو أو الصلح معه على مال قبلت ، وكذا لو ادعى رقبة جارية ، فأنكرت وأقـام البينة على رقبتهـــا ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على الف وأنهـــا أدت إليه قبلت .

(ولو قال ما كان لك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء) أي وكذا لا تقبل بينته على الابراء (لتعذر التوفيق لأنـــه لا يكون بين اثنين أخذوا إعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفـــة) فتعذر التوفيق فبطلت البينة .

(وذكر القدورى « رح ») أي عن أصحابنا « رح » (أنه) أي أن بينته على تأويل البرهان (تقبل أيضاً) على القضاء (لأن المحتجب) أي الرجل المحتجب ، وهو الذي لا يراه كل أحد لعظمته . وقـــال تاج الشريعة المحتجب الذي لا يتولى الأمور بنفسه (أو المخدرة) أي المخدرة وهي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم (قـد يؤدى بالشغب على بابه) الشغب بفتح الشين وسكون الغين المعجمتين . وقال الجوهرى الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب (فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه

بعد ذلك ، فأمكن التوفيق . قالِ ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال لم أبعها منك قط ، فأقام البينة على الشراء ، فوجد بها إصبعاً زائدة ، فأقام البائع البينة أنه بريء إليه من كل عيب ، لم تقبل بينة البائع . وعن أبي يوسف « رح » أنه تقبل اعتباراً بما ذكرنا. وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستدعي وجود البيع وقد أنكره ،

بعد ذلك فأمكن التوفيق) من حيث أنه عرفه بعد إرضائه بلا معرفة . وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ، فعلى هذا لو كان المدعى عليه يتولى الأعمال بنفسه ، لا تقبل بينته لأنه لا يمكنه التوفيق من هذا الوجه ، وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل اتفاق الروايات ، لأن الابراء يتحقق بلا معرفة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال لم أبعها منك قط ، فأقام البينة) أي أقام المدعي البينة (على الشراء) منه (فوجد) أي المشتري (بها) أي الجارية (إصبعاً زائدة) خص هذا العيب بالذكر دون عيب آخر ، لما أنه عيب قديم لا يحدث مثله في مثل تلك المدة (فأقام البائع البينة أنه بريء اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) لأن التوفيق بين الكلامين متعذر .

(وعن أبي يوسف « رح » أنها [1]) أي بينة البائع (تقبل اعتباراً بما ذكرنا) أراد به ما ذكره في مسألة البائع وكيلاً من المالك في البيع ، فكان المالك في قوله ما بعتها صادقاً ثم المالك في دعواه السواء من كل عيب ، لا يكون مناقضاً (وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أن شرط البراءة) عن العيب (تغيير العقد من اقتضاء وصف السلامة أو غيره ، فيستدعي وجود البيع) لأن الصفة بدون الموصوف [2] غير مقصودة (وقد أنكره)

---

(١) أنه — هامش .

(٢) الموصوف — هامش .

فكان مناقضاً ، بخلاف الدين ، لأنه قد يقضي وإن كان باطلا على ما مر . قال ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه إن شـاء الله تعالى وكتب في الشراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ، وهـذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا إن شاء الله تعالى هو على الخلاص

أي والحال أن البائع قد أنكر (فكان مناقضاً) لأن دعوى البراءة تقضي سابقة العقد ، فلا تسمع بينتـه (بخلاف الدين) فإن هناك تقبل بينة المطلوب على القضاء والإبراء بعد إنكاره أصل الدين إذ التوفيق ممكن ، بأن يقول ما كان لك علي شيء قط ، غير أني دفعت المال قطعاً للخصومة والملامة ، فلما جحدتني أثبته ، كذا ذكره المحبوبي (لأنه) أي لأن الدين (قد يقضي وإن كان باطلاً على ما مر) عند قوله لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه .

(قال) أي محمد رحمه الله (ذكر حق) قال تاج الشريعة « رح » أي كتاب إقرار بدين ، وقال الكاكي « رح » قوله ذكر حق أي صك ، يعني لو كتب ذكر إقرار على نفسه ثم (كتب في أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي فيه إن شاء الله تعالى وكتب في الشراء) يعني كتب ذكر إقرار في شراء ، يعني في صك الشراء ، ثم كتب في آخره وما أدرك فلاناً من الدرك (فعلى فلان خلاص ذلك ، وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله) يعني يبطل الصك كله حتى يبطل الدين الذي فيه ، ويفسد الشراء ، وصورتهـا في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الرجل يكتب على نفسه ذكر الحق فيكتب في أسفله إن شاء الله تعالى ، أو يكتب الشراء فيكتب في أسفله فما أدرك فيه فلانـاً من درك ، فعلى فلان خلاصه إن شاء الله تعالى ، قال إن شاء الله يبطل الدين ، ويفسد الشراء وهذا معنى قوله (وهذا عند أبي حنيفة « رح ») يعني بطلان الصك كله .

(وقالا) أي أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » (إن شاء الله تعالى هو على الخلاص)

وعلى من قام بذكر الحق ، وقولهما إستحسان ذكره في الإقرار ، لان الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ، لان الذكر للاستيثاق، وكذا الاصل في الكلام الاستبداد، وله أن الكل كشيء واحـــد بحكم العطف، فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة ، مثل قوله عبده حر وامرأته طالق ، وعليه المشي إلى بيـت الله تعالى إن شاء الله تعالى .

ولو ترك فرجـــة

يعني قوله إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله على فلان خلاصة (وعلى من قـــام بذكر الحق) والشراء صحيح والمال المقر به لازم (وقولهما) أي وقول أبي يوسف « رح » (استحسان ذكره) أي ذكره محمد « رح » (في كتـــاب الإقرار) من المبسوط (لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه) أي لأن الصك يشتمل على إنشاء ولا تعلق للبعض بالبعض فانصرف إلى الذي يليـــه (لأن الذكر) أي الصك يكتب (للاستيثاق) والتأكيد لا للابطال فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه (وكذا الأصل في الكلام الاستبداد) أي الاستقلال فلا يكون ما في الصك بعضه مرتباً ببعض ،فينصرف الاستثناء إلى ما يليه ، والجواب أن الذكر للاستيثاق مطلقاً ، وإذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى ، والثاني مسلم والأول عين النزاع ، والأصل في الكلام الاستبداد إذا لم يوجد ما لم يوجد ما يدل على خلافه ، وقد وجد ذلك وهو العطف .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن الكل) فيما نحن فيـــه (كشيء واحد بحكم العطف فينصرف [1] إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة) بعضها على بعض (مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى) فإنه ينصرف إلى الجميع ولا يلزمه شيء (ولو ترك فرجة) أي موضع بياض قبل قوله ومن قـــام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى .

---

(١) فيصرف - هامش .

قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت .

فصل في القضاء بالمواريث

قال وإذ مات نصراني ، فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت أسلمت بعد موته ، وقالت الورثة أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة.

(قالوا) المشايخ « رح » (لا يلتحق) أي قوله إن شاء الله حينئذ (به) أي بجميع الصك ، بل يلتحق بقوله من قام بذكر الحق (ويصير كفاصل السكوت) أي تلك الفرجة كالسكوت في النطق ، فإن قيل ينبغي أن لا يكتب قوله ومن قام الآخر انه توكيل ، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه ، لأنه توكيل المجهول ، والمجهول لا يصلح وكيلاً ، قلنا الغرض من كتابته إثبات رضا المعز بتوكيل من يوكله المقولة بالخصومة معه على قول أبي حنيفه « رح » ، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح ، وكونه توكيلاً مجهولاً ليس بصائر ، لأنه في الإسقاط والإسقاطات تصح مع الجهالة ، كما في الصلح على الإنكار ، وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى « رح » لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم ، إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبو حنيفة « رح » ، فإن الرضى بالوكالة المجهولة عنده لا تثبت ، فوجوده كعدمه ، قلت ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بغير رضا الخصم مطلقاً والله أعلم .

(فصل في القضاء بالمواريث)

أي هذا فصل في بيان أحكام القضاء بالمواريث ، وهو جمع ميراث ، أصله متوارث ، قلبت الواو ياء لسكونها وإنكار ما قبلها وهو اسم مثل الإرث ولما كان الموت آخر أحوال البشر ذكر الأحكام المتعلقة به آخراً (وإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت أسلمت بعد موته وقال [1] الورثة أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة) هذه من مسائل

---

(١) قالت — هامش .

وقال زفر « رح » القول قولها، لان الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الاوقات ، ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال ، كما في جريان ماء الطاحونة ، وهذا ظاهر ، تعتبره للدفع وهو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضاً و لا يحكم الحال ، لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه ،

الجامع الصغير . وقال المصنف « رح » (وقال زفر « رح » القول قولها)وبه قال الشافعي « رح ») لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات) فيجعل موجوداً بعد الموت لا قبله.

(ولنا أن سبب الحرمان) أي سبب حرمان المرأة وهو إسلامها من ميراث زوجها النصراني (ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال) أي باستصحاب الحال وتحكيم الحال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق (كما في جريان ماء الطاحونة) فإن ربها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال ، فإن كان جارياً في الحال ، كان القول رب الطاحونة ، وإن لم يكن جاريا كان القول قول المستأجر (وهذا) أي تحكيم الحال (ظاهر) نحن (نعتبره للدفع) أي لدفع استحقاقها الميراث (وهو) أي زفر « رح » (يعتبره للاستحقاق) وفي بعض النسخ ، وما ذكره أي زفر « رح » ، والظاهر يعتبر للدفع لا للاستحقاق .

(ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة لا بل بعد موته فالقول قولهم) اي للورثة (أيضاً ولا يحكم الحال) اي لا يقال أنها مسلمة في الحال ، فتكون مسلمة قبل موته فلا يحكم الحال (لأن تحكيمه يؤدي إلى جعله حجة للاستحقاق [1] ، وهي محتاجة إليه) اي إلى الاستحقاق ، وهو

---

(١) لأن الظاهر لا يصح حجة للاستحقاق ـ هامش .

لا يصلح لذلك ، وبه يتم الدليل ، وقوله (أما الورثة ، فهم الدافعون) إشارة إلى معنى آخر ، وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعاً الاستصحاب ، أما في الأولى،فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت لـــا تبة فيا مضى ، ثم جاءت مسلمة ، فادعت إسلاماً حادثاً ، فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى الأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول ، وبالنظـر إلى ما هو موجود في الحال الأصل فيه أن يكون موجوداً فيما مضى ، وهو من النوع الثاني .

فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها ، كان استصحاب الحال مثبتاً ، وهو باطل، فاعتبرنا الثاني ليكون دافعاً ، فكان القول قولهم . وأما في الثانية ، فلان نصرانيتها كانت ثابتة ، والإسلام حادث ، فبالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت،وبالنظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون ثابتاً قبل موته . فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتاً ، وهو لا يصلح ، فاعتبرنا الأول ليكون دافعاً، والورثة هم الدافعون فيتقيد بهم الاستبدال به وقوله :

(ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً) دليل آخر ، وهو أن الاسلام حادث ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات . فإن قيل إن كان ظاهــر الحدوث معتبراً في الدلالة ، كان ظاهر زفر « رح » في المسألة الأولى معارضاً للاستصحاب ويحتاج إلى مرجح . والأصــل عدمه ، فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات ، وزفـــر « رح » يعتبره للاثبات . وقال الأكمل « رح » ونوقض بنقض إجمالي ، وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات ، لو كان صحيحاً بجميــع مقدماته لما قضى فيه بالأجر على المستأجر ، إذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف ، لأنه استدلال به لإثبات الأجر ، والجواب أنه استدلال به لدفع ما يدعى المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب بسقوط الأجر ، فإنه بالعقد السابق الموجب له ، فيكون دافعاً لا موجباً إلى هنا كلامه ، ثم قال واعتبر هذا واستغنى عما في النهاية .

(قال) اي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن مات وله في يد رجل أربعه آلاف

درهم وديعة، فقال المستودع هذا إبن الميت لا وارث له غيره ، فإنه يدفع المال إليه ، لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة ، فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنــه وكيل المودع بالقبض ، أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه، لأنه أقر بقيام حق المودع ، إذ هو حي فيكون إقراراً على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض ، لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه، ولو قال المودع لآخر هذا إبنه

درهم وديعة ، فقال المستودع) اي الذي عنده الوديعة (هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه) اي فإن المستودع (يدفع المال إليه) اي إلى ابن الميت (لأنه أقر أن ما في يـده حق الوارث خلافة) اي من حيث الخلافة عن الميت (فصار) حكم هذا (كما إذا أقر) اي المستودع (أنه حق المورث) بكسر الراء (وهو حي) اي والحال أنه حي (أصالة) اي من حيث الأصالة (بخلاف ما إذا أقر) اي المستودع (لرجل أنــه وكيل المودع) بكسر الدال (بالقبض أو أنه اشتراه منه) اي أقـر أن الرجل المقر له عين الوديعة من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر ، بقيام حق المودع) بكسر الدال (إذ هو حي) اي والحال أنه حي (فيكون) إقراره (إقرار على مال الغير) فلا يصـح لان إقراره حجة قاصرة عليه ، فلا يصح في حق الغير (ولا كذلك) اي وليس الحكم كـما ذكر (بعد موته) اي بعد الموت المودع .

(بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض) يعني إذا أقر المديون لرجل أنــه وكيل صاحب الدين يقبض الدين حيث يؤمر بالدفــع (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (فيكون اقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه) ومن أقر على نفسه يؤمر بالخروج عن عهدتة . (ولو قال المودع) بفتح الدال (لآخر) اي لشخص آخر (هذا ابنــه

أيضاً ، وقال الأول ليس له إبن غيري قضى بالمال للاول لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني ، كما لو كان للأول إبناً انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما لو كان الأول إبناً معروفاً ، لأنه حين أقر للاول لا مكذب له فصح ، وحين أقر للثاني له مكذب فلم يصح . قال وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث ،

أيضاً وقال الاول) اي الابن الاول (ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول ، لانه لما صح إقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الاول فلا يصح إقراره الثاني كما إذا (١) كان للاول إبناً) اي الابن الاول ليس له ابن غيري يقضى بالمال للأول ،

لانه لما صح إقراره للأول (انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقرار على الاول ، فلا يصح اقراره للثاني كما لو كان الاول) اي الابن الاول (ابناً معروفاً) لانه لا مزاحم له (ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له) يعني لم يكذب به أحد (فصح) أي إقراره (وحين أقر للثاني) أي للابن الثاني (له مكذب) وهو الأبن الاول (فلم يصح) واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره ، فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي ، وأما إن كان الدفع بقضاء ، كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً ، فلا يلزمه الإقرار .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا قسم الميراث بين الغرباء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيل) أي من الغرباء (ولا من وارث) أي ولا يؤخذ أيضاً كفيل

---

(١) لو ــ هامش .

وهذا شيء احتاط بـــه بعض القضاة ، وهو ظلم وهذا وعنـد أبي حنيفة « رح » . وقالا يأخذ الكفيل ، والمسألة فيمـــا إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود ، ولا نعلم له وارثاً غيره

من وارث (وهذا شيء) أي أخذ الكفيل الشيء (احتاط به بعض القضاة) وكان ابن أبي ليلى « رح » يفعل كذلك بالكوفة في قضائه (وهو ظلم) هذا دليل على أن المجتهد يخطيء ويصيب ، ونص على أن الإمام أسبق الأئمة أبا حنيفة رحمه الله وأصحابه براء عن مذهب أهل الاعتزال ، حيث قالوا كل مجتهد مصيب (وهذا) أي عدم أخـذ الكفيل من الغرماء والوارث (عند أبي حنيفة « رح ») .

(وقالا يأخذ الكفيل) أي لا يدفع المال اليهم حتى يأخذ الكفيل ، وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » وقال في قول آخر لا يجب أخذ الكفيل بل يستحب . وقيل إن كان الوارث ممن يحجب وجب ، وإلا فلا . وقيل إن كان الوارث مأموناً لا يجب ، وإن كان غير مأمون يجب . وقال الكاكي « رح » وهذا الدفع إلى الوارث ، إنما يصح إذا كان وارثاً لا يحجب بغيره ، وإن كان يحجب بغيره لا يدفع المال اليه ، وإن كان وارثاً يختلف نصيبه ولا يحجب ، يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف « رح » وعند محمد «رح» أوفر النصيبين ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، وقول أبي حنيفة « رح » مضطرب ذكره الصدر الشهيد « رح » في أدب القاضي .

(والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره) قيد بقوله ولم يقل الشهود ... إلى آخره ، لأنهم إذا قالوا ذلك ، يدفع اليه المال بلا أخذ كفيل بالاتفاق ، وعند ابن ابي ليلى « رح » لا يثبت إرثه حتى يقول الشهود لا وارث له سواه ، ويأخذ الكفيل عنده في هذه الصورة أيضاً ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه وقال في وجه يجب أخذ الكفيل في جميـع الصور ، وإذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ، ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعلم له وارثاً غـيره ، فإن القاضي يتلوم زماناً على قدر ما يرى ، وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم ، وإن لم يحضر دفع الدار اليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرماناً

لهما أن القاضي ناظر للغيب، والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً ، لأن الموت قد يقع بغتة ، فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع الابق واللقطة إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله .
ولأبي حنيفة « رح » أن حق الحاضر ثابت قطعاً أو ظاهراً فلا يؤخر لحق وموهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده ، أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه ، لا يكفل ،

كالأب والابن ، وإن كان يحجب بغيره كالجد والأخ ، فإنه لا يدفع اليه ، وان كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين ، وهو النصف والربع عند محمد « رح » وأقلهما وهو الربع والثمن عنه أبي يوسف « رح » وقول أبي حنيفة رحمه الله مضطرب .

(لهما) أي لأبي يوسف « رح » ، ومحمد « رح » (أن القاضي ناظر للغيب) بضم الغين المعجمة وتشديد الياء جمع غائب (والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً ، لأن الموت قد يقع بغتة ، فيحتاط بالكفالة ، كما إذا دفع) القاضي اللقطة إلى رجل اثبت عنده أنه صاحبه ، فإنه يأخذ منه كفيلا (الآبق واللقطة) أي وكما إذا دفع العبد الآبق (إلى صاحبه) فانه يأخذ منه كفيلا احتياطاً (أو أعطى) أى وكما إذا أعطى (امرأة الغائب النفقة من ماله) أي من مال الزوج بأن كان عند إنسان وديعة يقر بها المودع ويقر بقيام النكاح ، فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا احتياطاً .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن حق الحاضر ثابت قطعاً) فيما إذا كان القاضي يعرف يقيناً أنه لا وارث للميت غير الحاضر (أو ظاهراً) فيما إذا لم يعرف القاضي وارثاً آخر واحتمل وجود الآخر وعدمه ، فإذا كان الأمر كذلك (فلا يؤخر) أي حق الحاضر (لحق موهوم إلى زمان التكفيل) لأن القاضي ليس بمكلف بإظهاره ، بل بما ظهر عنده عن الحجة ، فكان العمل بالظاهر واجباً عليه (كمن أثبت الشراء ممن في يده بالبينة (أو اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل) أي من المشتري لو من رب

ولأن المكفول له مجهول ، فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء ، بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم . وأما الآبق واللقطة ، ففيه روايتان ، والأصح أنه على الخلاف ، وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد ، يكفل بالإجماع ، لأن الحق غير ثابت . ولهذا كان له أن يمنع . وقوله وهو ظلم ، أي ميل عن سواء السبيل ، وهذا يكشف عن

الدين مع احتمال مشتر آخر ودين آخر ، فلو أخذ الكفيل بناء على هذا الاحتمال يكون الأدنى معارضاً على الحجة الأعلى وأنه لا يجوز (ولأن المكفول له مجهول) هذا دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل ، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة ، وهنا المكفول له مجهول فلا يصح (فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء)ولم يعين من هو ، فانه لا يصح (بخلاف النفقة) هذا جواب عما استشهد به من المسائل أما النفقة (لأن حق الزوج ثابت) في الوديعة (وهو)أي الزوج (معلوم) أيضاً فصحت الكفالة.

(وأما الآبق واللقطة ففيه) أي ففي كل واحد منهما (روايتان) قال في رواية لا أحب ان يأخذ منه كفيلا ، وقال في رواية ، أحب إلي أن يأخذ منه كفيلا (والاصح انه على الخلاف) المذكور إذا ظهر الاستحقاق بالبينة ، وقالوا في شرح الجامع الصغير ، والصحيح انالرواية الاولى قول أبي حنيفة رحمه الله فعلى ما قالوا لا يصح قياساً على تلك المسألة (وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد) فإنه لمن يطلبه (يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت) لأن العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق (ولهذا) أي ولأجل ذلك (كان له) أي للقاضي (أن يمنع) أي من الدفع ، فصح تأخيره للتكفيل صيانة للقضاء .

(وقوله) أي وقول أبي حنيفة « رح » في الجامع الصغير ، حين سأله أبو يوسف « رح » عن مسألة قسمة الميراث بين الغرماء (وهو ظلم ، أي ميل عن سوء السبيل) إنما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله (وهذا) أي إطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن

مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطيء ويصيب لا كما ظنه البعض .

قال وإذا كانت الدار في يد رجل ، وأقام الاخر البينة أن أباه مات ، وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلان الغائب ، قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يده ، ولا يستوثق منه بكفيل . وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا إن كان الذي في يديه جاحداً ، أخذ منه وجعل في يد أمين ، وإن لم يجحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن ، فلا

مذهبه) أي مذهب أبي حنيفة رحمه الله (أن المجتهد يخطيء ويصيب لا كما ظنه البعض) وهو المعتزلة ان كل مجتهد مصيب ، على مذهب ابي حنيفة « رح » وانما وقعوا في هذا الظن ، بسبب ما نقل عن ابي حنيفة « رح » انه قال ليوسف بن خالد السني « رح » كل مجتهد مصيب ، والحق عند الله واحد ، قلنا معناه مصيب في الاجتهاد ، حتى يكون مثاباً ، وإن وقع اجتهاد ، ومخالفاً عند الله عز وجل ، فقد قال محمد « رح » لو تلاعنا ثلاثاً ففرق القاضي بينهما ، فقد قضاه وقد اخطأ السنة جعل قضاءه صواباً ، مع فتواه انه يخطيء بالحق عند الله عز وجل ، كذا في التقويم .

(قال) اي محمد « رح » الجامع الصغير (وإذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر) أي رجل آخر (البينة ان اباه مات وتركها) اي الدار (ميراثاً بينه وبين اخيه فلان الغائب ، قضي له بالنصف) اى بنصف الدار (وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه ، ولا يستوثق منه) اى من صاحب اليد (بكفيل) اى لا يؤخذ من ذى اليد كفيل (وهذا) اى ترك النصف الآخر في يد من في يده (عند ابي حنيفة «رح») وعدم الاستيثاق بالكفيل هنا فبالاجماع والخلاف في الذى ذكرناه .

(وقالا) اى ابي يوسف ومحمد رحمها الله (ان كان الذي هو في يديه جاحداً اخذ منه) اى اخذ منه الكفيل (وجعل في يد امين) حتى تقدم الغائب (وإن لم يجحدترك في يده) لانه امين (لهما) اى لابي يوسف ومحمد رحمها الله (ان الجاحد خائن ، فلا

يترك المال في يده ، بخلاف المقر لأنه أمين ، وله أن القضاء وقع للميت مقصوداً أو احتمال كونه مختاراً للميت ثابت ، فلا ينقض يده كما إذا كان مقراً ، وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي ، والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي . ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق ، لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه ، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ، ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا حكم وصي الأم والأخ

يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين) فترك في يده (وله) اى ولابي حنيفة «رح» (ان القضاء وقع للميت مقصوداً) لان القضاء بالإرث قضاء للميت ، ولهذا يقضي ديونه منه وينفذ وصاياه (واحتمال كونه) اى كون صاحب اليد (مختاراً للميت ثابت ، فلا ينقض يده) بقيد من غير مختار له ؛ وإنما قال واحتمال كونه ، لان كون المال بيد من لو بيده باختيار الميت ليس بقطعي ، واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به (كما إذا كان) من بيده (مقراً) فانه إنما يترك الباقي بيده كذلك .

(وجحوده) هذا جواب عما ذكراه ، ووجهه ان الخيانة الجحود (قد ارتفع بقضاء القاضي) وكذا لازمة (والظاهر من الاب عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له) اى للابن (وللقاضي) فالظاهر انه إنما جحد لاشتباه الامر عليه ، وقد زال ذلك بالحجة (ولو كانت الدعوى في منقول) والمسألة بحالها (فقد قيل يؤخذ) اى النصف الآخر (منه) اى من الذي في يده (بالاتفاق لانه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع ابلغ فيه) اى في القول لانه لما جحد ، ربما يتصرف فيه إما لخيانة او لزعمه انه ملكه ، فالاخذ منه ابلغ في الحفظ .

(بخلاف العقار ، لانها محصنة بنفسها ، ولهذا) اى ولكون العقار محصنة بنفسها (يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا حكم وصي الاخ والام

والعم على الصغير . وقيل المنقول على الخلاف أيضاً ، وقول أبي حنيفة « رح » فيه ، أظهر لحاجته إلى الحفظ ، وإنما لا يؤخذ الكفيل ، لأنه إنشاء الخصومة ، والقاضي انما نصب لقطعها لا لإنشائها . وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ، ويسلم إليه النصف بذلك

والعم على الصغير) من بيع العروض على الكبير ، وإنما خصهم بالذكر إذ ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ ، وهذا من باب الحفظ (وقيل المنقول على الخلاف ايضاً) يعني لا يؤخذ نصيب الغائب من يد المدعي عليه على قول أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما وقال الإستروشني « رح » في فصوله ، وأما المنقول ، فلا شك أن على قولهما يؤخذ نصيب الغائب من يده ويوضع على يدي عدل . واختلف المشايخ « رح » على قول أبي حنيفة « رح » قال بعضهم لا ينزع من يده ، وقال بعضهم ينزع من يده.

(وقول أبي حنيفة « رح » فيه) أي في المنقول (أظهر) من قوله في العقار (لحاجته إلى الحفظ) أي لحاجة المنقول إلى الحفظ ، فإذا لم ينزع من يده كان مضموناً عليه ، وإذا نزع منه لم يبق مضموناً عليه ، فكان الحفظ في عدم النزع اكثر (وإنما لا يؤخذ الكفيل) هذا راجع إلى قوله ، ولا تستوثق منه بكفيل ، ومعناه أخذ الكفيل (لأنه إنشاء الخصومة) لأن من بيده الباقي قد لا تصح نفسه باعطائه ، والقاضي يطالبه فتنشأ الخصومة والقاضي لم ينصب لإنشائها بل لقطعها ، وهو معنى قوله (والقاضي إنما نصب لقطعها) أي لقطع الخصومة (لا لإنشائها) . فإن قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك ، فيكون الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل ، والقاضي يقطعها بحكمه بإعطاء به . أجاب الاكمل « رح » عنه بقوله يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل هاهنا إنشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها ، فيا فرضناه رافعاً لشيء كان منشأ له ، وهذا خلف باطل .

(وإذا حضر الغائب) وأخذ نصيبه هل يكلف إلى إعادة البينة أم لا ، فقال المصنف « رح » (لا يحتاج إلى إعادة البينة) في أخذ نصيبه من ذي اليد (ويسلم اليه النصف بذلك

القضاء ، لأن أحد الورثة ينتصب . خصماً عن الباقين فيما يستحق له وعليه ديناً كان أو عيناً ، لأن المقضي له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة ، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك ، بخلاف الاستيفاء لنفسه ، لأنه عامل فيه لنفسه ، فلا يصلح نائباً عن غيره ، ولهذا لا يستوفي إلا نصيبه ، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت إلا أنه

القضاء) لأن بينة الحاضر كانت له ولأخيه الغائب (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له) أي للميت (وعليه) أي وعلى الميت سواء كان (ديناً كان أو عيناً لأن المقضي له وعليه ، إنما هو الميت في الحقيقة ، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه) أي عن الميت (في ذلك) الأمر وهو اختيار المصنف « رح » واختيار فخر الإسلام « رح » والخصاف « رح » منهم من قال يكلف بإعادة البينة على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قتل العمد إذا أقام الحاضر البينة أن فلاناً قتل أباه عمداً ثم حضر الغائب يحتاج إلى إقامة البينه .

(بخلاف الاستيفاء) جواب عما يقال لو صلح أحدهم الخلافة كان كالميت ، وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالإجماع. تقرير الجواب أن الاستيفاء (لنفسه) خلاف ذلك (لأنه) أي لأن المستوفي (عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ، ونائباً عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه ، وجوابه أن المسائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالإجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك (ولهذا) أي ولأجل كون العامل لنفسه لا يصلح ان يكون نائباً لغيره (لا يستوفي) الحاضر (إلا نصيبه ، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت) فانه يقضي بالكل ، ولا يأخذ إلا نصيب نفسه (إلا أنه) استثناء من قوله لأن احد الورثة ينتصب خصما إلى قوله له وعليه ، يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون هو خصما في جميع التركة لا يكون قضاء على جميع الورثة إن كانت التركة

إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده ، ذكره في الجامع ، لان لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده . ومن قال مالي في المساكين صدقة ، فهو على ما فيه الزكاة ، وإن أوصى بثلث ماله ، فهو على ثلث كل شيء . والقياس أن يلزمه التصدق بالكل ، وبه قال زفر « رح»

جميعها في يده ، وهو معنى قوله إلا أنه أى إلا أن الشأن (إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة ، إذا كان الكل) أي كل التركة (في يده) أي في يد الحاضر (ذكره في الجامع) أي الجامع الكبير في باب الشهادة في المواريث (لأنه) أي لأن الحاضر(لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده) .

وفي الكافي أن دعوى العين لا يتوجه إلا على ذى اليد ، وإنما ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين اذا كان المدعي في يده ، وهذا بخلاف دعوى الدين ، فإن أحد الورثة ينتصب خصما ، وإن لم يكن في يده شيء من التركة ، وكذا ذكره في المحيط والذخيرة.

(ومن قال مالي في المساكين صدقة ، فهو على ما فيه الزكاة) أي يجب عليه انيتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الاموال التي يجب فيها الزكاة ، كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب أم لا ، إلا أن المعتبر هو جبس مال الزكاة ، والقليل منه ، ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به ، فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه ، ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك .

(وإن أوصى بثلث ماله ، فهو على ثلث كل شيء والقياس) في الأول أيضاً (أن يلزمه التصدق بالكل وبه) أي بالقياس (قال زفر « رح ») وهو قول الشافعي رحمه الله وهو قول النخعي والليثي « رح » واستدل زفر « رح » والشافعي رحمه الله بقوله عليه السلام من نذر أن يطيع الله فليطعه ، والجواب عنه أنا نحن نقول به ، وقد بينا الفرق بين الوصية والنذر ، وقال الزاهدي ومالك وأحمد رحمهم الله يتصدق بثلث ماله ، سواء كان زيوفاً أم لا ، لما روى أنه عليه السلام ، قال لأبي لبانة « رض » حين قال إن من توبتي

لعموم اسم المال كما في الوصية. وجه الاستحسان أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال . أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ، ولأن الظاهر

يا رسول الله ﷺ أن انخلع من مالي ، فقال عليه السلام يجزيك الثلث ، والجواب عليه انه ليس بنذر ، وليس هو محل النزاع .

وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف الأمالي «رح» حكاه عن أبي حنيفة « رح » وعن نفسه أنه إذا قال مالي في المساكين صدقة انصرف إلى مال الزكاة ، وإذا قال ما أملك صدقة انصرف إلى جميع الأموال ، وفي قول مالك « رح » يتصدق بثلث ماله ، وفي قول الشافعي « رح » عليه كفارة اليمين . وروي عن الشعبي « رح » أنه لا يجب عليه شيء إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث رحمه الله وجه القياس في التصدق بالكل ما قاله زفر « رح ».

(لعموم اسم المال) فإنه عام يتناول ما تجب فيه الزكاة ، وما لا يجب فيه الزكاة فينصرف إلى الكل (كما في الوصية) فإنه إذا اوصى بثلث ماله ينصرف إلى الكل ، ولا يختص بما فيه الزكاة (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى) فايجاب الله الصدقة في مطلق المال ينصرف إلى مال الزكاة ، فكذا إيجاب العبد (فينصرف إيجابه) أي إيجاب العبد (إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من مال) ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه ، وهو معتبر لأنه ليث في مسجد جماعة عبادة ، وهو من جنس الوقوف بعرفات ، أو لأنه في معنى الصلاة ، لانه انتظار اوقات الصلاة ، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة .

(أما الوصية فأخت الميراث لانها) أي لان الوصية (خلافة كهي) أي كالوراثة أن في كل منهما تمليك مضافاً إلى ما بعد الموت (فلا يختص) أي الوصية (بمال دون مال) كالميراث لا يختص بمال الزكاة (ولان الظاهر) دليل آخر ، أي ولان الظاهر من حال

التزام الصدقة من فاضل ماله ، وهو مال الزكاة . أمـــا الوصية فتقـع في حـــال الاستغناء ، فينصرف إلى الكل ، وتدخـل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف « رح » لانها سبب الصدقة ، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده . وعند محمـــد « رح » لا تدخل ، لانه سبب المؤنة أو جهة المؤنة راجحة عنده . ولا يدخل أرض الخراج بالإجماع ، لانه يتمحض مؤنة . ولو قال مـا أملكه صدقة في المساكين ، فقد قيل يتناول كل مال ، لانه أعم من لفظ المال

الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لان الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجه الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة .

(أما الوصية فتقع في حال الاستغناء) عن الاموال (فينصرف إلى الكل) أي كل الاموال (وتدخل فيه) أي في النذر (الارض العشرية عند أبي يوسف « رح » لانها) أي لان الارض العشرية (سبب الصدقه) وهي العشر ، فكانت الارض العشرية بمنزلة مال التجارة من حيث انها من جنس مال الزكاة التي يجب فيها الصدقة ، ولا يقال في عشر يعني المؤنة بالحديث فقال المصنف « رح » (إذ جهة الصدقة) أى العبادة (في العشرية راجحة عنده) أى عند أبي يوسف « رح » .

(وعند محمد « رح » لا تدخـل لانه) أن لان الارض العشرية على تأويل المـــكان أو لتذكير الخبر ، كما في قوله ﴿هذا ربي﴾ (سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده) أى عند محمد « رح » وذكر الإمام التمرتاشي « رح » قول ابي حنيفة « رح » مع محمد « رح » (ولا يدخل فيه) اى في النذر (ارض الخراج بالإجماع) لان مصرفه المقـــاتلة وفيهم الاغنياء وقوله (لانه يتمحض مؤنة) يتعلق بقوله ولا يدخل .

(ولو قال ما املك صدقة في المساكين ، فقد قيل يتناول كل مال) وهو رواية ابي يوسف « رح » عن أبي حنيفة « رح » ذكره في الامالي واليه ذهب محمد بن ابراهيم الميداني « رح » (لانه اعم من لفظ المال) إذ الملك لا يطلق على المال وعلى غـــيره يقال ملك

والمقيد إيجاب الشرع ، وهو مختص بلفظ المال ، ولا مخصص في لفظ الملك ، فبقي على العموم . والصحيح أنهما سواء ، لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر

النكاح وملك القصاص وملك المتعه ، بخلاف ما لو قال عبده حر إن املك إلا خمسين درهماً ، فان ذلك ينطرف إلى مال الزكاة ، وان نص على لفظ الملك ذكره في الجامع ، لان بقرينة الاستثناء ان المراد من الملك المال ، إذ استثناء الدراهم يدل ان المستثنى من جنسه كذا ذكرة المحبوبي « رح » (والمقيد) بتشديد الياء المكسورة ، هذا جواب عما يقال الصدقة بالاموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة ، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية ، وتقرير الجواب ان المقيد (إيجاب الشرع) اى المقيد بمال الزكاة ايجاب الشرع (وهو مختص بلفظ المال) قال الله عز وجل ﴿ خذ من اموالهم صدقة ﴾ ١٠٣ التوبة ، وقال ﷺ هاتوا ربع عشر اموالكم (فلا مخصص في لفظ الملك) إذ لم يوجد من الله عز وجل إيجاب الصدقة مضافاً إلى الملك تخصيصاً باموال الزكاة (فبقي على العموم) وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع .

(والصحيح أنهما) أي أن لفظ مالي وما املك (سواء) فيما نحن فيه ، يعني يختصان بالأموال الزكوية ، وهو اختيار شمس الأئمة « رح » ذكره في مبسوطه ، وهو اختيار أبو بكر البلخي « رح » (لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) الملتزم بفتح الزاي ، وأراد باللفظين قوله ما لي في المساكين صدقة ، وقوله ما أملك صدقة في المساكين ببيان هذا أن الملتزم بالصدقة ، والصدقة إنما تجب على العبد شرعاً في المال الفاضل عن الحاجة . وكذا في إيجاب العبد على نفسه ، والفاضل عن الحاجة مال الزكاة ، فلذلك اختص لفظ الملك والمال بمال الزكاة بدلالة لسان لفظ الصدقة ، هكذا بخط شيخي العلامة رحمه الله (على ما مر) قال الكاكي « رح » إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله أن ايجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وليس بواضح ، لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله (والمقيد إيجاب الشرع) وهو بلفظ المال ، ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله .

ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ، ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ، لان حاجته هـــذه مقدمة ، ولم يقدر بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه . وقيل المحترف يمسك قوتـــه ليوم وصاحب الغلة لشهر ، وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال . وعلى هـــذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجـــع إليه ماله . قال ومن أوصي اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة ، فهو وصي والبيـــع جائز .

(ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته) لأن حاجته هذه مقدمة ، إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه (ثم إذا أصاب شيئاً) يعني إذا حصل له شيء من الدنيا (تصدق بما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة) على الصدقة وغيرها (ولم يقدر بشيء) على صيغـــة المجهول ، يعني لم يبين في المبسوط مقدار مـــا يمسك (لاختلاف أحوال الناس فيـــه) بكثرة العيال وقلتها .

(وقيل المحترف يمسك قوته ليوم) اى لأجل نفقة يوم ، لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً (وصاحب الغلة) اي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها (لشهر) اي يمسك منه لأجل قوته لشهر واحد (وصاحب الضياع لسنة) اي يمسك صاحب الضيعة لأجل قوت سنة ، لأن يد الدهقان إنما يصل إلى ما ينفق سنـــة فسنة (على حسب تفاوت مدة وصولهم إلى المال) تارة يصل إلى المال عند مضي نصف سنة ، وتارة في آخر سنـــة (وعلى هذا) اى وعلى هذا الاعتبار (صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) اعتباراً لتفاوت وصولهم إلى المال .

(قال) اى محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن أوصي إليه) على صيغة المجهول (ولم يعلم بالوصاية) اى ولم يعلم أنه وصي (حتى باع شيئاً من التركة ، فهو وصي والبيع جائز) ،

ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يجوز في الفصل الاول أيضاً ، لان الوصاية إنابة بعد الموت ، فيعتبر بالإنابة قبلة ، وهي الوكالة . وجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة ، فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث .

ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) إنه وكيل لتوقف التوكيل على العلم . وقال أحمد«رح» لا يتوقف التوكيل على العلم ، كالوصاية . وفي الجامع ، فإذا أعلمه إنسان ، فباع فهو جائز ، ولا يكون نهياً عن الوكالة ، حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل . هذا لفظ محمد « رح » فيه ، وفي شروحه أن عندهما يثبت العزل بخبر الواحد ، سواء كان عدلاً أو فاسقاً او عبداً او حراً او غير ذلك كالوكالة .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً) يعني لا يجوز بيع الوصي أيضاً ، قبل العلم بالوصاية اعتباراً بالوكالة (لأن الوصاية إنابة بعد الموت ،فتعتبر الإنابة قبله) اي قبل الموت (وهي الوكالة) اى الإنابة قبل الموت هي الوكالة . قال الكاكي « رح » قوله ، لأن الوصاية إنابة ، اي جعل الوصي نائبا عن نفسه ، والإنابة يعني جعل الغير نائباً عن نفسه لم يوجد في كتب اللغة المتداولة بين الناس ، بل هي مستعملة فيها بمعنى الرجوع ، كقولهم أناب الى الله أي رجع . فلهذا عيب على صاحب الكتاب استعمال الإنابة ، بمعنى جعل الغير نائباً عن نفسه . قال شيخي العلامة صاحب النهاية ليس هذا هو موضع عيب ، اذ صاحب الكشاف استعملها في ذلك في الكشاف في سورة الروم ، وكفى قوله حجة في اللغة انتهى . قلت لا يحتاج الى هذه الحوالة ، فإن الجوهري قال ناب عني فلان اي قام مقامي ويستخرج منه صحة قول المصنف .

(وجه الفرق) بينهما (على ظاهر الروا ية [1] أن الوصاية خلافة لإضافتها الى زمان بطلان الإنابة) وهو بعد الموت (فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث) بالبيع

---

(١) الظاهر — هامش .

أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه ، فيتوقف على العلم ، وهذا لانه لو توقف على العلم ، لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الاول يفوت ، لعجز الموصي . ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه، لانه اثبات حق لا الزام أمر .

ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح . (أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه، فيتوقف على العلم وهذا) اي توقف الوكالة على العلم وعدم توقف الوصية عليه (لأنه) اي لأن التوكيل (لو توقف عليه [1]) اي على العلم ، وفي بعض النسخ لأنها لو توقفت عليه اي توقفت الوكالة على العلم (لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لعجز الموصي) أراد بالأول من الوصاية لو توقف على العلم يفوت النظر لعجز الموصي ، لعدم قدرته ، ثم اعلم أن هذا الذي ذكره من عدم جواز التصرف قبل العلم بالوكالة اذا ثبتت مقصودة، وكذلك اذن الصبي والعبد بالتجارة ، ان كان قصداً لا يثبت بدون العلم ، لأن الإذن من الآذان ، يعني الإعلام ، والاعلام لا يتصور بدون العلم .

أما اذا ثبتت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرف ، ففيه روايتـان : نحو أن يقول الموكل لرجل إذهب بعبدي الى فلان فيبيعه فلان منك ، فذهب الرجل بالعبد اليـه ، وأعلمه أن صاحب العبـد أمره ببيعه ، فاشتراه ، صح شراؤه منه وان لم يخبره بذلك ، واشتراه منه ذكر محمد رحمه الله في كتاب الوكالة أن البيع جائز ، وجعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البائع . وذكر في كتاب الزيادات أنه لا يجوز البيـــع ، وأما العزل القصدي لا يصح بدون العلم ، والحكم يصح بدونه ، كما اذا مات الموكل . ونحو ذلـك ، وكذلك الحي .

(ومن أعلمه) اي من أعلم الوكيل (من الناس بالوكالة) أطلق اسم الناس ليتناول كل مميز ، صغير او كبير او كافر او مسلم (يجوز تصرفه ، لأنه اثبات حـق لا الزام أمر) اي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام ، وما كان كذلك فقول الواحدفيه

---

(١) على العلم – هامش .

قال ، ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنـــده شاهدان أو رجـل عدل ، وهـذا عنـد أبي حنيفة « رح » . وقـالا هو والأول سواء ، لأنه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية. وله أنه خبر ملزم ، فيكون شهادة من وجه ، فيشترط أحد شطريها وهو العـــدد أو العدالة ، بخلاف الأول ، وبخلاف رسول الموكل ،

كاف . وفي أصول شمس الأئمة « رح » المعاملات لا الزام فيها ، كالوكالات والمضاربات ، والإذن للعبد في التجارة يكفي فيها خبر الواحد . وقال الشافعي وأحمـــد رحمها الله لا يثبت الوكالة والعزل عنها بخبر الواحد ، وهذا من باب المعاملات ، ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده) أي عند الوكيل (شاهدان أو رجل عدل) والمراد من الشهادة الإخبار ، إذ لفظ الشهـادة ليس بشرط ، ذكره في جامع قاضي خان « رح » (وهذا) أي اشتراط الشاهدين أو رجل عدل (عند أبي حنيفة « رح»)

(وقالا هو) أي النهي عن الوكالة (والأول) هو الإعلام بالوكالة (سواء)في الاكتفاء بخبر الواحد (لأنه) أي لأن العزل (من المعاملات وبخبر الواحد) أي وبإخبار الواحد (فيها) أي في المعـاملات (كفاية) فيثبت بخـــبر الفاسق اعتباراً بالوكالة ، والإذن للعبد في التجارة ، بخلاف الديانات ، فإنها لا تثبت بخبر الفاسقين ، فلأن لا تثبت بخبر الواحد الفاسق أولى ، كـــذا ذكره المحبوبي « رح » (وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أنه) أي أن العزل (خبر ملزم) . أما كونه خبر فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام ، وأما كونه ملزم لأنه يلزم الامتناع عن التصرف (فيكون شهادة من وجه) دون وجه . فمن حيث أنه ضرر يلزم الوكيل من حيث منعه عن التصرف تشترط الشهادة (فيشترط أحد شطريها) أي أحد شطري الشهادة (وهو) أي أحـــد شطري الشهادة (العدد) بأن يكون اثنان (أو العدالة) .أن يكون واحداً عـــدلاً (بخلاف الأول) أي التوكيل لأنه لا إلزام فيه بوجه (وبخلاف رسول الموكل) فإنه لا يشترط فيه أيضاً

لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال، وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده، والشفيع والبكر إذا بلغها، والمسلم الذي لم يهاجر إلينا. قال وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء

شيء من ذلك (لأن عبارته) أي عبارة الرسول (كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال) إذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله.

(وعلى هذا الخلاف) يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه في اشتراط أحد شطريها، وها هنا ست مسائل ذكر المصنف « رح » منها خمسة منها : عزل الوكيل وقد مضى ذكر الأربعة بعد ذلك، الأولى قوله :

(إذا أخبر المولى بجناية عبده) فإن أخبره اثنان أو واحد عدل، فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع، كان اختياراً منه للفدا، أو إن أخبره فاسق فصدقه، فكذلك وإلا فعلى الاختلاف فعنده لا يكون اختياراً خلافاً لهما. الثانية في قوله :

(والشفيع) إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع، فسكت سقطت شفعته، وإن أخبره فاسق فعلى الاختلاف. الثالثة هي قوله :

(والبكر) إذا بلغها تزويج الولي، فسكتت، فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضاء بلا خلاف، وإن أخبرها فاسق، فعلى الإختلاف. الرابعة هي قوله :

(والمسلم الذي لم يهاجر إلينا) إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء. وإن أخبره فاسق وكذبه، فعلى الاختلاف فعنده لا يلزمه خلافاً لهما.

والسادسة التي لم يذكرها المصنف عزل المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب. وإن كان فسقاً وكذبه ثبت الحجر عندهما، خلافاً لابي حنيفة « رح » وقيد بتلقاء نفسه، لأن حكم الرسول حكم مرسله كما ذكرنا.

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء

وأخذ المال فضاع أو استحق العبد لم يضمن ، لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي، والقاضي قائم مقام الإمام، وكل واحد منهم لا يلحقه ضماناً كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة، فتضيع الحقوق، ويرجع المشتري على الغرماء ، لان البيع واقع لهم ، فيرجع عليهم وعند تعذر الرجوع على العاقد ، كما اذا كان العاقد محجوراً عليه

وأخذ المال) أي الثمن (فضاع) أي الثمن (او استحق العبد لم يضمن) أي القاضي أو أمينه صورة المسألة فى الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله عنه في الرجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل وله عبد يساوي مائة درهم ، فيرفع الغريم الوصي إلى القاضي ، فيأمر بالبيع للغريم في دينه ، فيبيعه بمائة درهم لقبض الوصي الثمن ، فيهلك ، ثم يستحق العبد من يد المشتري ، قال يرجع المشتري على الغريم بالثمن ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم سواء . إلى هنا لفظ محمد « رح » في أصل الجامع الصغير والمصنف « رح » ذكر بيع القاضي وبيع أمينه ، ثم ذكر أن أمين القاضي لم يضمن (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي ، والقاضي قائم مقام الإمام) والإمام لا يضمن، فكذا القاضي أو أمينه وهو معنى قوله (وكل واحد منهم) أي من الإمام والقاضي وأمينه (لا يلحقه ضماناً كيلا يتقاعد الناس) أي كل واحد منهم (عن قبول هذه الامانة) خوفاً من الضمان (فتضيع الحقوق) أي حقوق المسلمين (ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم) أي للغرماء فإذا كان ذلك (فيرجع عليهم) أي على الغرماء (عند تعذر الرجوع على العاقد ، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه) عند تعذر الرجوع .

أطلق لفظ المحجور ليتناول العبد المحجور والصبي المحجور،فإن من وكل صبياً محجوزاً يعقل البيع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز العقد بمباشرتها ، ولا يتعلق حقوق العبدبها، بل يتعلق بموكلها . وإذا تعذر تعليق الحقوق هاهنا على العاقد ، يتعلق بأقرب الناس إلى العاقد ، كما في توكيل المحجور ، وأقرب الناس فيما نحن فيه الغريم ، لوقوع العقد لـه كما في الوكيل .

ولهذا يباع بطلبهم . وإن أمر القاضي الوصي ببيعــــه للغرماء ، ثم استحق أو مـــات قبل القبض ، وضاع المال ، رجع المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت . وإن كان باقامة القاضي ،عنه فصار كما إذا باعه بنفسه . وقال ويرجع الوصي على الغرماء ، لأنه عامل لهم . وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه . قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً ،لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له

(ولهذا) أي لأجل وقوع البيع لأجل الغرماء (يبـاع) أي العبد (بطلبهم) أي بطلب الغرماء (وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء) أي ببيع العبد (ثم استحق أو مات) أي العبد (قبل القبض ، وضاع المال ، رجع المشتري على الوصي لأنه) أي لأن الوصي (عاقد نيابة عن الميت) هذا ظاهر إذا كان الميت أوصى إليه (وإن كان) أي الوصي (بإقامة القاضي عنه) أي عن الميت (فصار كما إذا باعــه) أي إذا باعه الميت (بنفسه) حال حياته وثمة كان يرجع الحقوق إليه ، فكذا هنا لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت ، لا عن نفسه ، وعقد النائب كعقد المنوب عنه .

(قال) يجوز أن يكون فاعله محمداً رحمه الله لأنه كذا حكي عن أبي حنيفة رحمه الله ، ويجوز أن يكون فاعله المصنف « رح » تأمل (ويرجع الوصي على الغرماء لأنــه عامل لهم) أي لأن الوصي عامل للغرماء . ومن عمل عملاً لغيره ولحقه ضمان ، يرجع على من وقع له العمل (وإن ظهر للميت مال) آخر بعد ذلك (يرجع الغريم فيه بدينه) أي يأخذ دينه من ذلك ، وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ، ففيه اختلاف .

(قالوا) أي المشايخ « رح » (ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً) كما رجع بدينه ، وإنما قيد اللفظ ، لأن فيه اختلاف . قال أبو الليث « رح » يجوز أن يقال يرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري (لأنه) أي لأن الضمان (لحقه في أمر الميت) . وعن بعض المشايخ « رح » لا يرجع لأن الضمان إنما لحقه بفعله لأن قبض الوصي كقبض الميت . وفي الكافي الأصح الرجوع لأنه قبض ذلك وهو مضطر فيه (والوارث إذا بيع له) أي لأجله

بمنزلة الغريم ، لأنه إذا لم يكن في التركة دين ، كان العاقد عاملا له .

فصـــل آخر

وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم ، فأرجمه ، أو بالقطع فاقطعه ، أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل . وعن محمد « رح » أنه رجع عن هذا وقال ، لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة ،

يعني إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة ، وهو صغير فباعه الوصي ، ثم اشترى ، رجـع المشتري بالثمن على الوصي ، والوصي على الوارث أشار إليه بقوله (بمنزلة الغريم) حيث يرجع (لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له) أي للوارث .

(فصل آخر)

أي هـــذا فصل آخر ، ومسائل يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء ، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل ، وبعـــده مقبول أم لا فكذلك ذكرها في فصل على حـــدة .

(وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه) يعني إذا قال القاضي لك قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه) وسعك أن ترجمه (أو بالقطع فاقطعه) أي وإذا قال لك قضيت عليه بالقطع وسعك أن تقطعه (أو بالضرب فاضربه) أي وإذا قال قضيت عليه بالضرب فاضربـــه . وقوله (وسعك أن تفعل) جواب قوله ، وإذا قال القاضي في ثلاث صور .

(وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا) لأنه كان حكي هذا عن أبي يوسف رحمه الله ، عن أبي حنيفة « رح » في الجامع الصغير ثم رجع عنه (وقال لا تأخذ بقوله) أي بقول هذا القاضي (حتى تعاين الحجة) أي الشهادة بحضرتك . وقال الكاكي « رح » أو يشهد على ذلك مع القاضي عدل ، وهـــذه رواية ابن سماعة « رح » عن محمد رحمـــه الله

لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن .

وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه . واستحسن المشايخ « رح » هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا ، إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه . وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه ، فيقبل الخلوة عن التهمة ، ولأن طاعة أولي الأمر واجبة ، وفي تصديقه طاعة . وقال الإمام أبو منصور « رح »

(لأن قوله) أي قول القاضي (يحتمل الغلط والخطأ والتدارك) بعد وقوع الأمر (غير ممكن) لفواته وبه أخذ مشايخنا « رح » لفساد قضاة هذا الزمان ، لا سيما قضاة مصر ، لأن أكثرهم يقولون بالراشي ، فأحكامهم باطلة . وصدق خبر الواحد بيقين مرتبة الأنبياء عليهم السلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط على الخصوص في قضاة هذا الزمان بغلط الجهل والفسق فيهم .

(وعلى هذه الرواية) أي الرواية التي رويت عن محمد « رح » (لا يقبل كتابه) أي كتاب القاضي إلى القاضي . وقال المصنف رحمه الله (واستحسن المشايخ « رح » هذه الرواية) وقالوا ما أحسن هذا في زماننا (لفساد حال أكثر القضاة في زماننا) فلا يؤتمنون (إلا في كتاب القاضي) إلى القاضي لم يأخذوا بهذه الرواية (للحاجة إليه) أي إلى كتاب القاضي إلى القاضي للضرورة .

(وجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أنه) أي أن القاضي (أخبر عن أمر يملك إنشاءه) لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء ، ومن أجزي تمكن به من الإنشاء لا يرد (فيقبل لخلوه عن التهمة) وقال الأكمل رحمه الله وفيه بحث ، وهو أنه يتمكن من ذلك بحجة أو بدونها ، والثاني ممنوع والأول يجري إلى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة (لأن طاعة أولي الأمر واجبة) هذا دليل آخر ، لأن القاضي من أولي الأمر وطاعة أولي الأمر واجبة (وفي تصديقه طاعته) أي طاعة القاضي . وكان ينبغي أن يقال إطاعته .

(وقال الإمام أبو منصور « رح ») الماتريدي ، واسمه محمد بن محمد بن محمود

إن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة . وإن كان عدلاً جاهلاً ليستفسر ، فإن أحسن تفسير وجب تصديقه ، وإلا فلا .وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة . قال وإذا عزل القاضي ، فقال لرجل أخذتها ظلماً ، فالقول قول القاضي ، وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا إذا كان الذي قطعت يده ، والذي أخذ منه المال مقرين أنـــه

ونسبته إلى ما تريد محله من سمرقند ، ويقال ما تريت أيضاً بالتاء (إن كان) أي القاضي (عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة ، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر) أي قضائه لتهمة الخطأ (فإن أحسن تفسير) القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع أن يقول مثلاً استفسرت المقر بالزنا ، كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ، وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصاباً من حوز لا شبهة فيه ، وأنه قتل عمداً بلا شبهة ،فحينئذ (وجب تصديقه) وقبول قوله (وإلا فلا) أي وله يحسن تفسيره ، فلا يجب تصديقه ولا يقبل قوله .

(وإذا[1] كان) أي القاضي (جاهلا فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل ، إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ) في الجهل (والجناية) أي ولتهمة الجناية في الفسق ، وهذا على أربعة أقسام ، ذكر المصنف رحمه الله منها ثلاثة ولم يذكر القسم الرابع من القسمة العقلية ، وهو أن يكون عالماً عادلاً ، لانه يقبل قوله بدون الاستفسار .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا عزل القاضي ، فقـــال الرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قد قضيت بها له عليك ، وقال الرجل أخذتها ظلماً ، فالقول قول القاضي . وكذلك لو قال) أي القاضي (قضيت بقطع يدك في حق هذا) فالقول قول القاضي ، وهذا أي كون القول قول القاضي في تـأمين الصورتين (إذا كان الذي قطعت يده ، والذي أخذ منه المال) حال كونه (مقرين أنـــه) أي أن القاضي

---

(١) وإن – هامش .

فعل ذلك وهو قاض. ووجه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه ، كان الظاهر شاهداً له ، إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً ، ولا يمين عليه لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي . ولو أقر القاطع أو الأخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضاً لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح ، كما إذا كان معاينا ،

(فعل ذلك) أي كل واحد من أخذ المال وقطع إليه (وهو قاض) يعني في حال قضائه (ووجه) أى وجه كون القول قول القاضي في الوجهين (أنها) أى أن القاضي والمأخوذ منه المال أو المقطوع يده (لما توافقا) أى انقضاء (أنه) أى أن القاضي (فعل ذلك) أى أخذ المال أو القطع حال كونه (في قضائه) يعني في حال ولايته فلما اتفقا (كان الظاهر) أى ظاهر الحال (شاهداً لـــه) أى للقاضي (إذ القاضي لا يحكم [1]) وفي بعض النسخ لا يقتضي (بالجور) أى بالظلم والخروج عن الحق (ظاهراً) والقول قول من يشهـــد لــــه الظاهر .

(ولا يمين عليه) أي على القاضي (لأنه ثبت فعله في قضائــــه بالتصادق ولا يمين على القاضي) لان إيجابها عليه يقضي إلى تعطيل أمور الناس ، بامتناع الدخول في القضاء ، ولانا لو ألزمنا عليه اليمين ، لكان خصماً ، وقضاء الخصم لا يجوز (ولو أقر القاطع) أى بأمر القاضي (أو الاخذ) أو أقر أخذ المال بأمر القاضي (بما أقر القاضي) أى بالقطع أو الاخذ (لا يضمن) القاضي (أيضاً لانه) أى لان القاطع او الآخذ (فعله في حالـــة القضاء) وهو صحيح .

(ودفع القاضي صحيح) أى دفع القاضي المـــال إلى رب الدين او المستحق صحيح ، لانه دفع في حالة القضاء ، والظاهر انه محق (كما إذا كان) اى دفع القاضي المـــال إلى الآخذ بحكم القضاء (معايناً) يعني في معاينـــة المأخوذ منه المال لا يضمن الآخذ ، وكذا

---

(١) لا يقضي – هامش .

ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعـــد العزل ، فالقـول للقـاضي أيضـاً ، وهو صحيـح ، لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان ، فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت ، وأنا مجنون والجنون منه كان معهوداً ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان . وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال بسبب الضمان على غيره ،

اقر بما اقر به القاضي (ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه) اي ان القاضي (فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل) اى او فعل بعد عزله (فالقول قول القاضي ايضاً ،وهو الصحيح) احترز به عما ذكره شمس الائمة « رح » في جامعه ان القول للمدعي إذا قـال فعله بعد العزل (لانه) اى لان القاضي (اسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان) لانه إذا عرف انه كان قاضياً ، صحت إضافة القطع او الاخذ إلى حالـــة القضاء ، لان حالة القضاء معهودة فينتفي بها الضمان ، وهو اختيار فخر الإسلام « رح » والصدر الشهيد « رح » (فصار) إسناد القضاء هنا (كما إذا قال) من عهد منه الجنون (طلقت) امرأتي (او اعتقت) اى قال اعتقت عبدى (وأنا مجنون ، والجنون) اى والحـال ان الجنون (منه كان معهوداً) اى معلوماً بين الناس ، فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق ولا العتاق لإضافته إلى حالة منافية الإيقاع .

(ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل) وهو فصل ان المقطوع يده والمأخوذ ماله يزعم ان القاضي قطع وأخذ قبل التقليد او بعد العزل (بما اقر به القاضي يضمنان لانها اقرا بسبب الضمان) وهو اخذ المال وقطع اليد (وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه ، لا في إبطال سبب الضمان على غيره) يعني لا يقبل في ذلك ، فان قيل ينبغي أن لا يضمن الاخذ والقاطع ايضاً ، لانها أسندا الفعل ايضاً إلى حالة معهودة الضمان . الجواب

بخلاف الأول ، لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ، ولو كان المال في يد الآخذ قائماً ، وقد أقر بما أقر به القاضي ، والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه ، يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

ان جهة الضمان راجحة ، لان إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية ، وقضاء القاضي حجة ظاهراً والظاهر لا يعارض القطعي .

(بخلاف الاول) أي الفصل الاول (لانه ثبت فعله) اى فعل القاضي (في قضائه بالتصادق) فكان بمنزلة الثابت معاينة (ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال ، وصدق القاضي في أنه فعله في قضائه ، او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ المال منه ، لانه اقر ان اليد كانت له) اى للمأخوذ منه (فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة) لانه لم يكن له ولاية الآخذ إلا بحجة ظاهرة (وقول المعزول) اى القاضي المعزول (فيه ليس بحجة) لكونه شهادة فرد ، بخلاف ما لو كان المال هالكاً وان القاضي ينكر وجوب الضمان ، والقول قول المنكر والله اعلم بالصواب .



كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض تلزم الشهود، ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي لقوله تعالى، ﴿ ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ﴾ ٢٨٢ البقرة، وقوله تعالى ﴿ ولا تكتموا الشهادة

(كتاب الشهادة)

أى هذا كتاب في بيان احكام الإشهادات وهو جمع شهادة، والشهادة لغة إخبار قاطع، كذا في الصحاح يعني الإخبار بالشيء عن شهادة وعيان، لا عن تخمين وحسبان. ومن هذا قالوا مشتقة من المشاهدة، وعلى المعاينة وإليه الاشارة النبوية بقوله، إذا رأيت مثل الشمس فاشهد. وما في الشريعة اخبار عن صدق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء والحكم وسببها في حق التحمل الشهادة، وفي حق الاداء طلب المدعي وركنها إستعمال لفظة الشهادة، وشروطها كثيرة تأتي في أثناء المسائل، وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما يثبت بها. وفي المبسوط والقياس يأتي على كون الشهادة حجة تلزمه، لانه خبر يحتمل الصدق والكذب. والمحتمل لا يكون حجة، الا ان القياس ترك بالنصوص والإجماع. ووجه ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب القاضي ظاهر حداً لان القاضي يحتاج في حكمه إلى الشاهد فكان ذلك من تمة حكمه.

(قال) اى القدورى « رح » (الشهادة فرض) اى اداءها وتحملها إذا تعين، وفرض كفاية إذا لم يتعين بالإجماع (تلزم الشهود والاداء، ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي) وقوله لا يسعهم، تأكيد لقوله يلزم الشهود (لقوله تعالى ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ ٢٨٢ البقرة) هذا دليل على ان الطلب من المدعي شرط الفريضة، والنهي عن الاباء عند الدعوى امر بالحضور للأداء (وقوله تعالى ﴿ ولا تكتموا الشهادة،

ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ ٢٨٣ البقرة ، وإنمــــا يشترط طلب المدعي ، لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق . والشهـادة في الحدود يخير فيهـا الشاهد بين الستر

ومن يكتمها فانه آثم قلبه ﴾ ٢٨٣ البقرة) إنما خص القلب ، وان كانت الجملة آثمة ، لانه رأس الاعضاء والمضغــــة التي ان صلحت ، صلح الجسد كـــله ، وإذا فسدت ، فسد كله ، كما جاء في الحديث ، لانه قيل قد تمكن الآثم في اصله ، وملك اشرف شيء منه ، ولان افعال القلوب اعظم من سائر الجوارح ، فاصل الحسنات والسيئات ، الايمـــان والكفر ، وهمـا من افعال القلوب ، فاذا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب ، كان من اعظم الذنوب .

وقال الزمخشري « رح » كتمان الشهادة هو أن يضمرها ، ولا يتكلم بها ، فلما كان آثماً مقترفاً بالقلب أسند اليه ، لأن إسناد الفعل إلى الجارحة التي يعمل بها أبلغ .

(وإنما يشترط المدعي ، لأنها حقة فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق) لأن الحق لما كان له لم يلزمهم الشهادة قبل طلبه ، بل يتوقف على الطلب كما في سائر الحقوق ، ونوقض بما إذا علم الشاهد الشهادة ، ولم يعلم بها المدعي ، ويعلم الشاهد أنه إن لم يشهد يضع حقه ، فإنه يجب عليـــه الشهادة ، ولا طلب ثمة ، والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة ، فإن الموجب للأداء عند الطلب إحياء الحق ، وهو فيما ذكرتم موجود ، فكان في معناه فألحق به لا يقال قد مر آنفاً أن طلب المدعي سبباً لأداء الشهادة ، وهو خلاف ما ذكره المصنف « رح » بقوله وإنما يشترط طلب المدعي فإنـــه يدل على أن طلبه شرط ، وهو غير السبب لأن معنى كلامه وإنما يشترط وجود سبب الأداء وهو طلب المدعي ، فالطلب سبب وجوده شرط فلا يخالفه حينئذ ، فإن قلت إنما جعله شرطاً ، وقوله تعـــالى ﴿ ولا يأت الشهداء ﴾ ، ﴿ ولا تكتموا الشهادة ﴾ ، سبباً ، قلت نعم لأنه خطاب وضع يدل على سبب ، وغـيره كقوله تعالى ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ ٧٨ الإسراء .

(قال) أي القدوري « رح » (والشهادة في الحدود يخــــير الشاهد فيها بين الستر

والإظهار ، لانه بين حسبتين ، اقامة الحـد والتوقي عن الهتك ، والستر أفضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده ، لو سترته بثوبك لكان خيراً لك .

والإظهار لأنه) أي لأن الشاهد (بين حسبتين) بكسر الحاء تثنية حسبه ، والحسبة ما ينتظر به الأجر في الآخرة ، وفي الصحاح احتسب بهذا أجزاء عند الله ، والإسم الحسبة بالكسر ، وبين الأجر والجمع الحسب ، وفلان محتسب البلد ولا تقل محتسب (إقامة الحد) حسبة لله تعالى ، فقيام عليه الحد والحسبة الأخرى (والتوقي عن الهتك) أي التحفظ عن هتك المسلم حسبة لله تعالى ، فإن قيل هذا الذي ذكره معارض لإطلاق قوله تعـالى ﴿ ولا تكتموا الشهادة ﴾ ٢٨٣ البقرة ، وتقييد المطلق بخبر الواحد لا يجوز .

الجواب أن الآية محمولة على الشهادة في حقوق العباد ، بدليـل سياق الآية ، وهي آية المداينة وبالإجماع والنص قوله تعالى ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفـاحشة ﴾ إلى قوله ﴿ ولهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة ﴾ ١٩ النور ، والمعنى أن الستر والكتمان إنمـا يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج إلى إحياء حقه من الأموال وغيرها ، فأمـا الحدود فهي حقوق الله تعالى ، والله عز وجـل موصوفاً بالعطاء والكرم ، وليس فيه خوف فوت حقـه ، فجاز له ذلك أن يختار الشاهد جانب الستر ، واليه أشار المصنف « رح » بقوله :

(والستر أفضل لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (للذي شهد عنده ، لو سترتـه بثوبك لكان خيراً لك) الذي قال له النبي ﷺ هذا القول لم يشهد عنده بشيء ، ولكنه حمل ماعزاً إلى أن اعترف عند النبي ﷺ بالزنا كما رواه أبو داود والنسائي عن سفيان عن زيد بن أسلم عن يزيد بن نعيم عن أبيه نعيم عن هزال « رض » أن ماعزاً اتى النبي ﷺ فاقر عنده أربع مرات ، فأمر برجمه ، وقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك . ثم أخرج أبو داود عن إبن كندر أن هزالاً أمر ماعزاً أن يأتي النبي ﷺ فيخبره انتهى بلفظ أبي داود . ورواه عبدالرزاق « رح » في مصنفه ، ولفظه أن النبي ﷺ قال لهزال

وقال عليه السلام ، من ستر على مسلم ستر الله عليـــه في الدنيا والآخرة . وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر ،

لو سترت بثوبك كان خيراً ، قلت لم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضع ، حتى قال الأكمل « رح » أيضاً قوله ﷺ للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الأسلمي «رح» لو سترته بثوبك ، وفي رواية بردائك لكان خيراً لك انتهى .

وقد قلنا أن الذي قال له النبي ﷺ وهـــذا القول لم يشهد عند النبي ﷺ ، وكيف يقول الأكمل « رح » شهد عنده رجل يقال له هزال الأسلمي « رح » وهزال لم يشهد أصلا وانما حمل ماعزاً على أن يعترف عند النبي ﷺ بالزنا وقال ﷺ لهزال لو سترت بثوبك كان خيراً . وهزال بفتح الهاء وتشديد الزاي وباللام أسلمي سكن المدينة ، وقال المنذري نعيم بن هزال « رض » قيل لا صحبة له وإنما الصحبة لأبيه هزال ، وصاحب الذنب اسمه ماعز بن مالك الأسلمي ، معدود في المدنيين ، والمرأة التي وقـــع عليها اسمها فاطمة جارية هزال « رض » .

(وقال عليه الصلاة والسلام) أي وقال النبي ﷺ (من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة) هذا أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعـاً ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه (وفيما نقل من التلقين للدرء على النبي ﷺ وأصحـــابه « رض » دلالة ظاهرة على فضيلة الستر) لم يتعرض أحد من الشراح على حل هذا التركيب ، فقوله دلالة مبتدأ وخـــبره مقدماً ، هو قوله وفيما نقل من التلقين إلى آخر قوله للدرء أي لدفع الحد .

أما الذي نقل عن النبي ﷺ من تلقينه للدرء عن حد الزنا ، فما رواه البخـاري عن ابن عباس رضي الله عنهما في حديث ماعز ، قال له ﷺ لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا ، قال أفنكتها ، قال نعم ، قال فعند ذلك أمر برجمه . والذي نقل عن الدرء عن حد السرقة ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة عن حماد بن سلمة عن اسحاق بن عبدالله ابن أبي طلحة عن أبي المنذر مولى ذر عن أبي أمية المخزومي « رض » أن النبي ﷺ أتى

لأنه يجب له أن يشهد بالمال في السرقة ،فيقول أخذ احياء لحق المسروق منه ، ولا يقول سرق محافظة على الستر ، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقـــه .

بلص قد اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه متاع ، فقال رسول الله ﷺ ما أخالك سرقت قال بلى، فأعادها عليه مرتين أو ثلاثاً ، فأمر به فقطع .

وأما الذي نقل عن أصحابه عليه‌السلام من التلقين للدرء ، فما رواه عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا معمر عن طاووس عن عكرمة بن خالد قـــال أتى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه رجل ، فسأله أسرقت ، قال لا ، فقال لا ، فتركه . وروى أبو يعلى الموصلي عن مسنده بإسناده إلى أبي مطر قال ، رأيت علياً رضي الله عنه أتى برجل قيل له أنه سرق جملا ، فقال له ما أراك سرقت ، قال بلى ، قال فلعــله شبه عليك ، قال بلى سرقت ، قال يا قنبر إذهب به فأوقد النار وأدع الجزار وشد يده حتى أجيء ، فلما جاء اليه قال له أسرقت ، قال لا ، فتركه . وروى أبو شيبة « رح » في مصنفه عن أبي هريرة رضي الله عنه أتى بسارق ، وهو يومئـــذ أمير ، فقال أسرقت ، أسرقت ، فقال لا مرتين أو ثلاثاً .

وروى محمد في كتاب الآثار ، أخبرنا الإمام الأعظم أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي « رح » قال أتى أبو مسعود الانصاري رضي الله عنـــه بامرأة سرقت جملا ، فقال أسرقت قولي لا ، فقالت لا فتركها . وروى عبدالرزاق «رح» في مصنفه أخبرنا الثوري « رح» عن علي بن الأقمر عن يزيد بن أبي كثير عن أبي الدرداء رضي الله عنهم أنه أتى بامرأة سرقت ، يقال لها سلامة ، فقال لها يا سلامة سرقت، قولي لا ، قالت لا فدرأ عنها .

(إلا أنه) استثنى من قوله يخبر فيها الشاهد وهو منقطع أي إلا أن الشاهد (يجب له أن يشهد بالمال في السرقة ، فيقول أخـــذ إحياء لحق المسروق منه ، ولا يقول سرق محافظة على الستر) أي لحفظ الستر على السارق (ولأنه) دليـــل آخر ، أي ولأن الشأن (لو ظهرت السرقة لوجب القطع ، والضمان لا يجامع القطع ، فلا يحصل إحياء حقه) لأنه

قـال ، والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيهـا أربعة من الرجال لقوله تعالى ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائـكم ، فاستشهدوا عليهن أربعـــة منكم ﴾ ١٥ النساء ، ولقوله تعالى ﴿ ثم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ ٤ النور ، ولا يقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رضي الله عنـه مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ، ولأن فيها شبهة البدلية ،

إذا قال سرق يسقط الضمان حينئذ ، فيضيع حق صاحب المـــال ، فلهذا كانت الشهادة بالأخذ اولى من الشهادة بالسرقة ، لأنها شهادة على وجـــه يثبت المال ، ولا يثبت الحد وفيها رعاية الجانبين .

(قال) أي القدوري « رح » (والشهادة على مراتب ، منها الشهادة في الزنا ، يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائـكم فاستشهدوا عليهن اربعة منـكم ﴾ ١٥ النساء ، ولقوله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ ١٤ النور) لفظ اربعة ، نص في المعدود ، والذكورة لا يقبل فيه إلا اربعة رجـــال عدول مسلمين ، وهم احرار ، وهم يشهدون انهم رأوا كالميل في المكحلة ، وقيل لأن الزنا فعل اثنين ، فيشترط على كل واحد منهما اثنان (ولا يقبل فيهـــا) أي في شهادة الزنا (شهادة النساء ، لحديث الزهري « رض » مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعـده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص) هذا أخرجه ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري ... إلى آخره ، واسم الزهري محمد بن مسلم المدني «رض» سكن الشام ومات بأداما وهي أول عمل مليبطين ، وعمره اثنان وسبعون سنة روى « رض » عن خلق كثير والتابعين من الصحابة والتابعين ، وإنما خص الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لأن تمهيد قواعد الشرع ، وإظهار طرق الأحكام كان أكثر في خلافتهما . وعن عطاء وحماد ابن أبي سليمان « رض » أنه يقبل شهادة النساء فيها ، حتى لو شهد ثلاثة رجال في الزنا وأمرأتين يقبل . قلنا على قولهما لا يبقى فائدة في قوله أربعة منـكم (ولأن فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) أي من حيث الصورة .

لقيامها مقام شهادة الرجال ، فلا تقبل فيما يندريء بالشبهات ، ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى ﴿ واستشهدو شهيدين من رجالكم ﴾ ٢٨٢ البقرة ، ولا يقبل فيهـــا شهادة النساء لمـا ذكرنا .

قال شيخ العلا رحمـــه الله ، قوله شبهة البدلية أي صورة لا حقيقة ، لأنه لو كانت البدلية حقيقية ، لما اعتبر شهادة النساء وعند إمكان العمل بشهادة الرجال كالتيمم مع الوضوء ، ولما اعتبر شهادتهن مع إمكان شهادتهم ، على أنه ليست في شهادتهن حقيقةالبدلية لكن فيها شبهة البدلية باعتبار الصورة ، فإن قوله تعالى ﴿ فإن لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان ﴾ ٢٨٢ البقرة ، خرج على ما يشابهه قوله ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، ذلك كفارة ايمانكم ﴾ ٨٩ المائدة ، فلهذا أورثت شبهة البدلية .

(لقيامها مقام شهادة الرجال) أي لقيام شهادتهن مع إمكان العمل بشهادة الرجلين إذا كان كذلك (فلا تقبل) أي شهادتهن (فيما يندريء بالشبهات) لأن حقيقة[1] غير متحملة في الحدود حتى لا تقبل الشهادة على الشهادة فيها، ولا كتاب القاضي إلى القاضي، فكذلك شبهة البدلية اعتبار التشبهة بالحقيقة ، لأن الشبهة فيما يسقط بالشبهات كالحقيقة . وحكي عن مالك « رح » أنه لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا عند عدم الرجلين ، نظراً إلى ظاهر الآية ، فحينئذ في شهادتهن حقيقة البدلية (ومنهـــا) أي ومن مراتب الشهادة (الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقة (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلـــين لقوله تعـــالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالــكم ﴾ ٢٨٢ البقرة) وعن الحسن البصري « رح » لا يقبل في القتل إلا أربعة ، كالزنا ، وعن عطاء يقبل فيها شهادة النساء .

(ولا يقبل فيها) أي في الحدود والقصاص (شهادة النساء لمـــا ذكرنا) إشارة إلى حديث الزهري ، وما ذكره من شبهة البدلية ، وفي بعض النسخ لما قلنـــا ، وقال في الأجناس قال في نوادر ابن رستم ويقبل فيه ، أي في التقرير الشهادة على الشهادة، والشهادة

---

(١) هنا كلام مكشوط غير مقروء ، أ هـ مصححه .

قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالاً أو غير مال. مثل النكاح ، والطلاق ، والوكالة ، والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي « رح» لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها ، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل ، واختلال الضبط ، وقصور الولاية ، فإنها لا تصلح للامارة ، ولهذا لا تقبل في الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن. إلا انها قبلت في الأموال ضرورة ،

من النساء مع الرجال ، ويجوز فيه العفو ، ويصح فيه الكفالة ، وهو حق الآدمي .

(قال) أي القدوري « رح » (وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، سواء كان الحق مالا كالبيع أو غير مال مثل النكاح ، والطلاق ، والوكالة ، والوصية) أي الوصاية ، لأنه في مقدار غير المال (ونحو ذلك) كالعتاق والرجعة ، والنسب وتوابعها ، كالإعارة والكفالة لأجل ، وشرط الخيار ذكره في مبسوط شيخ الإسلام « رح » .

(وقال الشافعي « رح » لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها) وهي التي ذكرناها ، كالإعارة .. إلى آخره ، وبقوله قال مالك وأحمد « رح » في رواية وفي رواية أخرى كقولنا (لأن الأصل فيها) أي في شهادتهن (عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط) لغلبة النسيان فيهن (وقصور الولاية ، فإنها لا تصلح للامارة) بكسر الهمزة إلى الخلافة (ولهذا) أي ولأجل أن الأصل عدم القبول (لا تقبل في الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن) .

(إلا أنها) استثنى من قوله لأن الأصل فيها أي في شهادة النساء عدم القبول أى إلا أن شهادتهن (قبلت في الاموال ضرورة) كثرة وقوع أسبابها ، لأنه يلحقهم الحرج باشهاد رجلين في كل حادثة ، فإذا لم يسمع فيها تفوت حقوق الناس لكثرة وقوعها ، ولو حظرها

والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً ، فلا يلتحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً ، ولنا ان الأصل فيها القبول لوجود ما يتبنى عليه أهلية الشهادة ، وهو المشاهدة والضبط والأداء . وبالأول يحصل العلم للشاهد ، والثاني يبقى ، وبالثالث يحصل العلم للقاضي . ولهـذا يقبل إخبارها في الأخبار ،

فلا يلحق بها ما هو أعظم خطراً أو أقل وجوداً كالنكاح ، وهو معنى قوله (والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً، فلا يلحق بما هو ادنى خطراً وأكثر وجوداً) وكذلك الطلاق والرجعة ، والإسلام ، والردة ، والبلوغ ، والولاء ، والعدة ، والجرح ، والتعديل والعفو عن القصاص حاصل مذهب الشافعي « رح » هو ما ذكره في وجيزهم ،لا تقبـل شهادة النساء إلا في الأموال ، وحقوقها كالاجل ، والخيار ، والشفق ، والإجارة ، وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب إلا الحال ، فيثبت برجل وامرأتين .

وكذا نسخ العقود وقبض نجوم الكتابة ، إلا النجم الأخير ففيه الوجهان لترتب العتق عليه وما ليس بمال ، ولا يؤول إلى مال ، كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق ، والإسلام والردة ، والبلوغ والولاء والعدة والجرح ، والتعديل ، والعفو عن القصاص ، عن الوصاية والوكالة ، فيثبت برجلين ولا يثبت برجل وامرأتين . وأما ما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء ، والرضاع ، فإنه يثبت بأربع نسوة ، فـلا تثبت الولادة بقول القابلة وحدها .

(ولنا أن الأصل فيها) أي في شهادة النساء (القبول لوجود مـا يبتنى عليه أهلية الشهادة ، وهو) أي ما يبتنى عليه (المشاهدة) وفي بعض النسخ وهي للمشاهرة أي المعاينة وبها يحصل العلم المشاهر (والضبط) وهو حسن السماع والفهم والحفظ (والأداء) الذي يحصل به للقاضي ، (إذ بالأول يحصل العلم للشاهد) أي المشاهرة (وبالثاني يبقى) أي بالضبط يبقى العلم للشاهد (وبالثالث) أي بالأداء (يحصل العلم للقاضي ، ولهـذا) أي ولكون القبول أصلا فيها (يقبل إخبارها) بكسر الهمزة (في الأخبار) بفتح الهمزة وهي الأحاديث والآثار.

ونقصان الضبط بزيادة النسيان الخبر بضم الأخرى اليها ، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة، فلهذا لا تقبل فيا يندريء بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الأربع ،

(ونقصان الضبط) هذا جواب عن قول الشافعي « رح » وإخلال الضبط تقريره أن يقال إن ذلك بعد التسليم أن نقصان الضبط (بزيادة النسيان الخبر بضم الأخرى) أي بالامرأة الأخرى (إليها) أي إلى المرأة الواحدة (فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة) أي شبهة البدلية ، ولم يذكر المصنف « رح » الجواب عن قول الشافعي « رح » لنقصان العقل،ولا عن قوله لقصور الولاية

والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلهن ، فيا هو مناط التكليف ، وبيان ذلك أن للنفس الإنسانية أربع مراتب: الأولى استعداد الفعل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم،والثانية أن تحصل البديهيات وهو مناط التكليف. والثالثة أن يحصل النظريات المفروغ منها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب ، ويسمى العقل بالعقل ، والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت اليها مشاهرة ، ويسمى العقل المستفاد وليس فيا هو مناط التكليف منها ، وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالتهن في تحصيل البديهيات واستعمال الحواس في الجزئيات،فإنه لو كان في ذلك نقصان ، لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان ، وليس كذلك ، وقوله ﷺ ناقصات عقل، المراد به العقل بالفعل ، فلذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة ، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضاً ، فتأمل .

(فلهذا) أي فلأجل شبهة البدلية (لا تقبل) أي شهادتهن (فيا يندريء بالشبهات) وتقبل فيا يثبتها (وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات) أراد به النكاح والطلاق ، فظاهر ثبوتها مع الهزل ، وأما الوكالة والإيصاء، والاموال ، فإنه يجزيء فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة ، وذلك إمارة ثبوتها مع الشبهة ، فكذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال .

(وعدم قبول الأربع) هذا جواب عن قول الشافعي « رح » ولا يقبل شهادة الأربع

على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن . قال ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة ، لقوله عليه السلام ، شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه . والجمع المحلى بالألف واللام

منهن وحدهن إلى عدم قبول شهادة الأربع (على خلاف القياس) لأن القياس يقتضي قبول ذلك ، ولكنه ترك ذلك (كيلا يكثر خروجهن) لأن في كثرة خروجهن كشفهن وافتضاحهن ، وهو ممنوع .

(قال) أي القدوري « رح » (ويقبل في الولادة ، والبكارة ، والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) وقال مالك « رح » ويجوز شهادة امرأتين منفردتين في الولادة والاستهلال وعيوب الآباء ، ولا يجوز في ذلك شهادة امرأة واحدة.وبه قال ابن أبي ليلى، كذا في المبسوط وهو قول الثوري « رح » (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه) هذا غريب .

وروى عبد الرزاق «رح» في مصنفه، أخبرنا ابن جريج عن إبن شهاب الزهري«رح» قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيمالا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وقال أيضاً أخبرنا أبو بكر عن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن الحكيم عن ابن عمر رضي الله عنهما ، قال لا يجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء وما يشبه ذلك من حملهن وحيضهن وقال أيضاً أخبرنا الثوري «رح» عن جابر الجعفي عن عبد الله بن يحيى « رض » أن علياً رضى الله عنه أجاز شهادة المرأة القابلة وحدها في الاستهلال ، والجعفي ضعيف وكذلك ابن يحيى « رض » وقال أيضاً اخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الاسلمي ، أخبرني إسحاق عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز شهادة امرأة في الاستهلال .

(والجمع المحلى بالألف واللام) أراد بهذا وجه بيان الاستدلال بالحديث الذي ذكره

يراد به الجنس، فيتناول الأقل وهو حجة على الشافعي «رح» في اشتراط الأربع، لأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر، لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف. فكذا يسقط اعتبار العدد. إلا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الالزام،

وهو أن الألف واللام إذا دخلا على الجمع (يراد به الجنس) لأنه ليس ثمة معهود (فيتناول الأقل) وهو الواحد، لبطلان العدد بواسطة الجنسية. وقال الكاكي «رح» يؤيده أن حذيفة «رض» روى الحديث، قال عليه السلام أجاز شهادة القابلة على الولادة. وقال الاترازي «رح» أصحابنا رووا في الأسرار وغيره عن حذيفة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة في الولادة، انتهى. قلت رواه محمد بن عبد الملك الواسطي، عن أبي عبد الرحمن المدائني عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة «رض» ... إلى آخره. وقال هذا لا يصح، وقال الدارقطني أبو عبد الرحمن المدائني «رض» مجهول.

(وهو) أي الحديث الذي ذكره (حجة على الشافعي «رح» في اشتراط الأربع) من النساء، وهو قول عطاء أيضا. وللشافعي «رح» أن يقول هذا الحديث غير صحيح فكيف يكون حجة علي، وليس لنا إلا ما ذكرناه عن عبدالرزاق «رض»، وبقولنا قال أحمد «رح» وهو قول الحسن البصري «رض» (ولأنه) دليل معقول لنا، أي ولأن الشأن (إنما سقطت الذكورة) يعني إنما سقطت صفة الذكوره والاتفاق (ليخف النظر) أي النظر إلى العورة حرام، إلا أنا اعتبرنا نظر جنسها (لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف) لأن نظر المرأة إلى عورة المرأة أخف إن شهرتهن إليهن أقل من نظر الرجل إلى عورتها (فلذلك) أي فلأجل ذلك (يسقط اعتبار العدد) لأن نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة.

(إلا أن المثنى والثلاث أحوط) لزيادة طمأنينة القلب (لما فيه من معنى الإلزام) لأن فيه شبهاً بالشهادة. وقال تاج الشريعة «رض» قوله من معنى الإلزام النسبة، وقال الأكمل «رح»، واعترض بأن في هذا التعليل نوع مناقضة لأن لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة

ثم حكمها في الولادة ، شرحناه في الطلاق فأما حكم البكارة ، فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ، ويفرق بعده لأنها تأيدت بمؤيد ، إذ البكارة أصـــل وكذا في رد المبيعة ، إذا اشتراها بشرط البكارة، فإن قلن إنها ثيب ، يحلف البائع لينضم

لخفة نظرها ، لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحـــدة ، والجواب أن يقال خفة النظر يوجب عدم وجوب اعتبار العدد . ومعنى الإلزام يقتضي وجوبه فعلنـا بهما فقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا (ثم حكمها) أي حـكم شهادة امرأة واحدة (في الولادة شرحناه في الطلاق) يعني في باب ثبوت النسب عند قوله ، فإن صحة الولادةتثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، فينظر فيه هناك .

(فأما حكم البكارة) فإنها سواء كانت المرأة مهنيراً ومبيعة ، لا بد من نظر النساءاليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما ، فإذا نظرت اليها وشهدت ، فإمـــا أن يؤيد شهادتهن بمؤيد أو لا ، فإن كان الإول ، كانت شهادتهن حجة ، وإن كان الثاني ، فلا بد أن يضماليها ما يؤيدها ، فعلى هذا (فان شهدن أنها بكر) فان كانت معزة (يؤجل في العنين سنة ، ويفرق بعدها) أي بعد سنة (لأنها) أي لأن شهادتهن (تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل) بيانه أن امرأة العنين مع زوجها ، إذا اختلفا بعد مضى المدة ، فقال هو وصلت اليهـــا فقالت هي لم يصل إلي فانها ترى النساء ، فان قلن هي بكر ، فانها تخـير ، فلو اختارت الفرقة ، فرق القاضي بينهما وأثبت الفرقة ، بقولهن لفائدة بشهادة الأصل وهي البكارة .

(وكذا في رد المبيعة) إذا كان جارية (إذا اشتراهـــا بشرط البكارة) بيانه إذا إشترى رجل جارية على انها بكر ، ثم اختلفا قبل القبض أو بعده ، فقال البائع هي بكر في الحال ، فان القاضي يريها النساء (فان قلن إنها ثيب) لم يثبت حق الفسخ بشهادتهنلأن الفسخ حق قوي ، وشهادتهن حجـــة ضعيفة ، لم تتأيد بمؤيد ، لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع (يحلف البائع) لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ، فان لم يكن قبضها بالله لقد بعتها وهي بكر ، فإن نكل يرد عليه ، وإن حلف لزم المشترى (لينضم

نكوله إلى قولهن ، والعيب يثبت بقولهن ، فيحلف البائـــع . وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبـل عند أبي حنيفة « رح » في حق الإرث ، لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة ، لأنها من أمور الدين . وعندهما تقبل في حق الإرث أيضاً ، لأنـــه صوت عند الولادة . ولا يحضرها رجـال عادة ، فصار كشهادتهن على نفس الولادة .

نكوله) أي نكول البائع (إلى قولهن) فترد (والعيب يثبت بقولهن) هـذا جواب بما يقال شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال ، فيجب الرد بقولهن ، والتحليف ترك العمل بالحديث أجاب بقوله والعيب يثبت بقولهن أي في حق سماع الدعوى وحق التحليف (فيحلف البائع) فإن المشترى إذا ادعى عيباً في المبيـع لا بد له من إثبات قيامـه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف ، وإلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل ، فإذا قلن إنهـا ثيب ، يثبت العيب في الحال ، وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بهـا ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده .

(وأما شهادتهن على استهلال الصبي ، لا تقبل عند أبي حنيفة « رح » في حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال) أي لأن الاستهلال وهو صوت الصبي عند الولادة ، وهذا فيما يطلع الرجال ، فلا يكون شهادتهن فيه حجة ، وبه قال الشافعي « رح » في قول ، وإن لم يحضر الرجال فشهادتهن كشهادتهن على جراحات الدنيا في الجماعات ، وإن لم يحضر الرجال بخلاف الولادة ، فانها انفصال الولد من الأم ، فلا يطلع عليه الرجال (إلا في حق الصلاة) أي تقبل شهادة المرأة الواحدة الحرة على استهلاك الصبي في حق الصلاة عليه فانها تجوز بالاتفاق (لأنها) أي لأن حق الصلاة (من أمور الدين) فشهادة الواحدة حجة في ذلك ، كشهادتها هلال رمضان .

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (تقبل في حق الإرث أيضاً لأنه) أي لأن استهلال الصبي (صوت عند الولادة ، ولا يحضرها الرجال عادة ، فصار كشهادتهن على نفس الولادة) وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في قول .

قال ، ولا بد في ذلك كله من العدالة ، ولفظه الشهادة ، فإن لم يذكر الشاهد لفظه الشهادة ، وقال أعلم وأتيقن لم تقبل شهادته . أما العدالة فلقوله تعالى ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ ٢٨٢ البقرة ، والمرضي من الشاهد هو العدل ، ولقوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوا عدل منكم﴾ ٢ الطلاق ، ولأن العدالة هي المعينة للصدق ، لأن من يتعاطى غير الكذب ، قد يتعاطاه . وعن أبي يوسف « رح » أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ، ذا مروة ، تقبل شهادته ، لأنه لا يستأجر لوجاهته ، ويمتنع عن الكذب بمروته . والأول

(قال) أي القدوري « رح » (ولا بد في ذلك كله) أي في جميع ما ذكر من انواع الشهادة (من العدالة ولفظة الشهادة ، فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم واتيقن لم تقبل شهادته . أما العدالة فلقوله عز وجل [1] ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ ٢٨٢ البقرة والمرضي من الشاهد هو العدل ، ولقوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوا العدل منكم﴾ ٢ الطلاق) والفاسق ليس بمرضي ، ولا خلاف فيه للفقهاء ، ولو أن الشهادة حجة باعتبار للصدق ، وهو معنى قوله (ولأن العدالة هي المعينة للصدق ، لأن من يتعاطى) من التعاطي ، وهو التناول (غير الكذب قد يتعاطاه) أي لأن من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه ، فقد يتعاطاه ايضاً ويقدم على شهادة الزور ايضاً ، فترد شهادته للتهمة .

(وعن أبي يوسف « رح » أن الفاسق إذا كان وجيهاً) أي ذا قدر وشرف (في الناس ذا مروءة) أي إنسانية ، وفي المروة لغتان ، الهمزة وتشديد الواو (تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته) لانه لا يرضى أن يعرف بين الناس بالكذب ، فمروءته تمنعه عن ذلك ، وكذلك لا يرى لنفسه أن يستأجر على شهادة الزور خوفاً أن يسلم في وجاهته (والاول) وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقاً ذا وجاهة أولا

---

(١) تعالى — هامش.

أصح لأن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق ، يصح عندنا . والمسألة معروفة . وأمـــا لفظة الشهادة ، فلأن النصوص نطقت باشتراطها ، إذ الأمر فيها بهذه اللفظة، ولأن فيها زيادة توكيد . فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين ، فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد .

(أصح) لإطلاق قوله عز وجـــل ﴿ وأشهدوا ذوا عدل منـــكم ﴾ ٢ الطلاق وقوله ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ ٦ الحجرات ، ولان قبول الشهادة والعمل بهــا إكرام الشهادة وقال عليه السلام أكرموا الشهود ... الحديث ، وفي حق الفاسق أمرنا بخلاف ذلك، قال عليه السلام إذا لقيت الفاسق ، فالقه بوجه مكفهر ، أي شديد العبوسة ، ولا مروءة لمن يكون معلناً بفسق شرعاً ، كذا في المبسوط .

(إلا أن القاضي) أي لكن القاضي (لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا) وقـال الشافعي « رح » لا تقبل شهادة الفاسق ولا يجوز قضاؤه . (والمسألة معروفة) وقد مر الكلام فيها في اوائل كتاب القاضي (وأما لفظ الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الامر فيها) أي في النصوص (بهــذه اللفظة) أى لفظة الشهادة . قال الله تعـــالى ﴿ أقيموا الشهادة لله ﴾ ٢ الطلاق ﴿ واشهدوا إذا تبايعتم ﴾ ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ٢٨٢ البقرة ، وقال عليه السلام إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فـدع (ولان فيها أى لفظ الشهادة (زيادة توكيد) لدلالتها على الشهادة .

(فإن قوله أشهد من الفاظ اليمين ، فكان الامتناع عن الكذب بهــذه اللفظة) أى بلفظة الشهادة (أشد) والنصوص وردت بقبولها بهذه اللفظة فيقتصر على مورد النص ، ولا يقال جاء الامر بالتكبير بلفظ التكبير ، قال الله تعالى ﴿ وربك فكبر ﴾ ٣ المدثر ، ومع ذلك أجاز أبو حنيفة « رح » ومحمد « رح » تبديله بلفظ آخر ، مثل الله أجل وأعظم لانا نقول أن التكبير للتعظيم ، وفي قوله أعظم صريح التعظيم ، فكان مثله من كل وجه بل أزيد ، فيلحق به دلالة أما الشهادة فتنبئي عن المشاهدة والعيان، ولهــذا يذكر للقسم فكانت له زيادة وكادة في الاخبــار على قوله اتيقن أو أعلم ، فلا يمكن الحـــاقها بلفظ الشهادة .

وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم ، حتى يشترط العدالة . ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح ، لأنه شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء ، ويشترط فيـــه الحرية والإسلام . قال أبو حنيفة « رح » يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ، ولا يسأل عن حال

(وقوله) أي قول القدوري « رح » في مختصره (في ذلك كله) أي في جميـع ما تقدم (إشارة إلى جميـع ما تقدم) من انواع الشهادة (حتى يشترط العـــدالة . ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح) احترز به عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة . وفي المنتقى ان لفظة الشهادة والحرية غير معتبرة. وحكي عن الكرخي « رح » أن الشهادة على الولادة ليست بشهادة ، وإنمـــا هي خبر واليه ذهب صاحب المختلف ، والذى قاله القدورى « رح » هو الذى اختاره مشايخ بلخ « رح » . وقال الاترازى « رح » وعليه مشايخنا . وقال التمرتاشي « رح » قال في شرح بكر ، قال مشايخ بخارى وبلخ يشترط لفظة الشهادة ، وقال مشايخ العراق لا يشترط كما في شهادة هلال رمضان (لأنه) أى لفظ شهادة النساء بالولادة (شهادة) وليست بمجرد إخبار (لما فيـــه من معنى الإلزام) أى إلزام النسب (حتى اختص) أى لفظ شهادة النساء (بمجلس القضاء) فلا يعتبر في غير مجلس القاضي.

(ويشترط فيه) قال الاترازي « رح » أي في الشاهد (الحرية والإسلام) في جميع ما ذكرنا من مراتب الشهادة ، والظاهر أن الضمير في قوله فيـــه ، أى في اشتراط لفظة الشهادة في شهادة النساء بالولادة يشترط الحرية والإسلام ايضاً ، ويؤيده شيخنا العـــلاء رحمه الله ؛ ولهذا يشترط الحرية والإسلام أي ولأجل ما فيه من معنى الإلزام، واختصاصه بمجلس القضاء ، يشترط في شهادة النساء بالولادة الحرية حتى لو كانت أمـــة أو كافرة لا تقبل .

(قال أبو حنيفة « رح » يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ، ولا يسأل عن حال

الشهود حتى يطعن الخصم ، لقوله عليه السلام ، المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف . ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ، لان الظاهر هو الإنزجار عما هو محرم دينه ، وبالظاهر كفاية ، إذ لا وصول إلى القطع

الشهود حتى يطعن الخصم ، لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قـــذف) هذا الحديث رواه إبن ابي شيبة في مصنفه ، حدثنا عبدالرحمن بن سليمان عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ، قال رسول الله ﷺ ... إلى آخره (مثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه) أي مثل ما روي عن النبي ﷺ روي عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، هذا رواه الدارقطني في سننه مطولاً جداً عن عبدالله بن أبي المليح الهـــذلي ، قال كتب عمر رضى الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه :

أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ... الحديث ، وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في حد أو مخبر بها في شهادة زور ، أو ظنيناً في ولادة أو قرابة .
وقال الدارقطني وعبدالله بن حميد ضعيف ، وقـال النسائي « رح » متروك الحديث وقال البخاري « رح » منكر الحـــديث ، واسم أبي حميد عالية بن الخطاب الهذلي الكوفي « رح » .

(ولأن الظاهر) في حال المسلم (هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية) فإن قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق ، وهاهنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة . قيل في جوابه ما أشار إليه المصنف بقوله (إذ لا وصول إلى القطع) أي لا إمكان للوصول إلى الدليـل القطعي ، إلا الظاهر لأنه لو لم يكتف بالظاهر ، أحتيج إلى التزكية ، وقبول قول المزكي في التعديل أيضاً عمل بالظاهر ، إذ لو لم يعمل بقوله لاحتيج إلى مزك آخر ، ويرد ذلك في الثـــالث والرابع ، فيؤدى إلى الدور والتسلسل . وقال الأكمل « رح » يجوز أن يقال الظاهر هنا ، اعتبر للدفع لا للاستحقاق ، لأن دعوى المدعي

إلا في الحدود والقصاص ، فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها ، فيشترط الاستقصاء فيها ، ولأن الشبهة فيها دارئة. وإن طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر والعلانية ، لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلباً للترجيح . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق ، لأن القضاء مبناه على الحجة ، وهي شهادة العدول ، فيتعرف عن العدالة وفيه

وانكاره الخصم تعارضا ، وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك ، وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة ، فكان واقعاً (إلا في الحدود والقصاص) استثناء من قوله ولا يسأل حتى يطعن الخصم إلا في الحدود والقصاص (فإنه) أي فان الحاكم (يسأل عن الشهود ولأنه يحتال لإسقاطها) أي لإسقاط الحدود ، لأن مبناها على الدرء ، فيجب السؤال احتيالاً له (ولأن الشبهة فيها) أي في الحدود (دارئة) أي العدالة وإن كانت ظاهرة ، وكذا استحال كونه غير عدل ثابت ، فتعمل هذه الشبهة بالدرء .

(وإن طعن الخصم فيهم) أي في الشهود (يسأل عنهم في السر والعلانية) يعني في غير الحدود والقصاص ، لأن في الحدود والقصاص يسأل قبل الطعن (لأنه تقابل الظاهران) يعني كما أن الظاهر ان الشهود لا يكذبون ، فكذا الظاهر ان الخصم لا يكذب في طعنه ، فإذا كان كذلك (فيسأل) الحاكم عنهم أي عن الشهود (طلباً للترجيح) بين المتعارضين .

(وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق) يعني سواء طعن الخصم أو لم يطعن في جميع الدعوى . وبه قال الشافعي « رح » وأحمد « رح ». وقال مالك « رح » من كان شهوداً بالعدالة ، لم تسأل عنه ، ومن عرف جرحه رد شهادته وإنما يجب السؤال مهما شك (لأن القضاء مبناه على الحجة ، وهي شهادة العدول ، فيتعرف عن العدالة) يقال تعرفت ما عنده أي تطلبته منه حتى عرفته (وفيه

صون قضائه عن البطلان . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان. ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعـــدل، وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع، أو يقصد

أي في تعرفة (صون قضائه) أي حفظة (عن البطلان) على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً ، فيبطل القضاء .

(وقيل هذا) اى هذا الخلاف (اختلاف عصر وزمان) لا اختلاف حجة وبرهان بيانه أن أبا حنيفة رضي الله عنه ، كان في القرن الثالث الذى شهد النبي ﷺ بالخـــيرية لأهله حيث قال ، خير القرون رهطي الذي أنا فيهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ثم يفشوا الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ، ويشهد قبل ان يستشهدوهما ، كان في القرن الرابع الذي شهد النبي ﷺ بفشو الكذب في أهله ، فلهذا شرط الاستكشاف ولو شاهد أبو حنيفة « رح » ذلك لقال بقولهما ولهذا قال المصنف (والفتوى على قولهما في هذا الزمان) أي على قول أبي يوسف ومحمد « رح » .

(ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة) أي الرقعة النبي ﷺ يكتب فيها القاضي أمامي الشهود وحلاهم (إلى المعـدل) بكسر الدال سميت بالستورة لأنها تستر عن نظر العوام (فيها) أي المستورة بيان (النسب) أي نسب الشهود (والحلي) بكسر الحـاء المهملة وتخفيف اللام مقصوراً جمع حلية ، وفي المغرب حلية الإنسان صفته وجاء الضم في الحاء في الجمع والكسر أفصح (والمصلى) أي قيـل أراد به الجلسة والظاهر أن المراد به مسجد المحلة (ويردها المعدل) أي يرد المعدل المستورة (وكل ذلك في السر كيلا يظهر) أي المعدل (فيخدع) على صيغة المجهول بالنصب لأنه جواب النفي ، اى يخـــدع بالمال (أو يقصد) مجهول أيضاً منصوب ، لأنه عطف على يخدع ، أي يقصد بالإضرار إذا كان ظاهراً ، وفي المحيط وفتاوى قاضي خان ، وينبغي للقاضي أن يختار للمسألة عن الشهود من هو اوثق الناس وأورعهم وأكرمهم واكثرهم أمانة وخـبرة ، وأعلمهم بالتمييز فطنة

قبولية المسألة ، ثم يكتب في رقعة اسماء الشهود حماية بأنسابهم وحلاهم وقبائلهم ومحلاتهم ورخاءهم، ويبعث ملك الرقعة على يد أمين مختومة ولا يطلع أحد على مـا في يد أمينة حتى لا يخدع بالرشوة .

ولو كان المزكي بعيداً ويجعل أجرة الامين على المدعي ، وثمن الصحيفة الذى يكتب فيها أساميهم عليه أيضاً ، ثم المزكي يسأل عنهم من أهل حرفتهم ، ومن جيرانهم وأهـل محلتهم ، فإن لم يجد فمن أهل سوقهم ، فإذا قال المسؤول عنه هو عدل ، يكتب المزكي في آخر الرقعة أنه عدل مرضي عندى جائز الشهادة ، ولا يكتب أنه غير عدل مرضي . وفي فتاوى قاضي خان « رح » من عرف فسقه لا يكتب ذلك تحت اسمه ، بل يكتب احترازاً عن هتك الستر، ويقول الله أعلم إلا إذا خاف أن القاضي يقضى بشهادتهبتعديل غيره ، فحينئذ يصرح بذلك . ومن لم يعرفه لا بالعدل ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور ، ثم يبعثه بتلك الرقعة إلى القاضي سراً ، ثم القاضي ان شاء جمع بين تزكية السر وتزكية العلانية .

وفي الذخيرة ينبغي أن يكون المزكي صاحب خبرة ، ولا يكون منزوياً لا يخـالط الناس ، لأنه إذا لم يخالطهم ، لا يعرف العدل من غير عدل ، وينبغي أن لا يكون طماعا ولا فقيراً ، حتى لا ينخدع بالمال . فإذا لم يجد المزكي أهل مسجده أو أهل محلته أوسوقه يسأل أهل مجلسه ، فإن وجد كلهم غير ثقاة يعتبر في ذلك تواتر الأخبار ، ولو لم يعرف الشهود بالعدالة ، فأخبره رجلان عدلان عين النسب. وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة «رح» يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود في القذف إذا كانوا عدولاً ، ولا يجوز في تزكية العلانية ، إلا من يجوز شهادته لأن تزكيـة السر من الإخبار بأمر ديني ، وقول هؤلاء في الأمور الدينية إذا كانوا عدولاً مقبولاً في روايتهم الإخبار شهادتهم بهلال رمضان ، أما العلانية نظير الشهادة من حيث أن القضاء لا يجب إلا بهـــا كالشهادة ، ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة سوى لفظة الشهادة ، حتى لا يجوز تزكية الوالد لولده ، وعلى العكس في السر جائز .

وفي العلانية ، وحدهـــا في الصدر الاول . ودفع الاكتفاء في السر في زماننا تحرزاً عن الفتنة . ويروى عن محمد « رح » تزكية العلانية بلاء وفتنة ، ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة ، لان العبد قد يعدل ، وقيل يكتفي بقوله وهو عدل ، لان الحرية ثابتة بالدار [1] وهذا أصح . قال وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود

(وفي العلانية) أى وفي التزكية العلانية (لا بد أن يجمع) الحاكم في مجلس القضاء (بين المعدل والشاهد لينتفى شبهة تعديل غيره) لأن الشخصين قـــد يتفقان في الاسم والنسبة ، فيقول المعدل هذا الذى عدالته يشير إلى الشاهد (وقـد كانت العلانية) أى التزكية العلانية (وحدها) يعني بدون تزكيـــة السر (في الصدر الأول) أى الصحابة رضي الله عنهم ، لأن القوم كانوا صلحـــاء ، والمعدل كان لا يوفى عن الجرح، لأنهم كانوا لا يقابلونه بالأذى لو جرحهم ، وفي زماننا ليس كذلك (ووقـــع الاكتفاء بالسر [2] في زماننا تحرزاً عن الفتنة ، ويروى عن محمد « رح » تزكية العلانية بلاء وفتنة) لأن الشهود يقابلون المزكي إذا جرحهم بالأذى ويقع بينه وبينهم العداوة .

(ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو) أى الشاهد (حر ، عدل ، جائز الشهادة ، لأن العبد قد يعدل ، وقيل يكتفي بقوله) أى بقول المعـدل (هو عـدل) ولا يشترط أن يقول هو عدل جائز الشهادة (لأن الحرية ثابتـة بالدار) لأن الدار دار الإسلام . وقال المصنف رحمه الله (وهذا أصح) وبه قال أصحاب الشافعي « رح » وأحمد « رح » وقال مالك « رح » لا من ذكر العدالة والرضاء ، بأن يقول هو عـدل مرضي ، ولا يقتصر على أحد الوصفين ، ذكره في الجواهر .

(قال وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود) بيان هذا أن أبا حنيفة « رح » قـال

---

(١) بالأصل الدار — هامش.

(٢) في السر — هامش .

لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه . وعن أبي يوسف « رح» أنـــه يجوز تزكيته ، لكن عند محمد « رح » تزكية الآخر إلى تزكيته ، لان العدد عنده شرط . ووجه الظـاهر ان في زعم المدعي وشهوده أن الخصم

على طريقة قوله في ا زارعة من التحريج على قول من يقول بالسؤال إذا سئل (لم يقبل قول الخصم) وهو المدعى عليه (أنه عـدل) . وفسر المصنف « رح » الخصم بقوله (معناه قول المدعى عليه) وكذا فسرناه ، ولفظ الجامع الصغير محمـــد « رح » عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أنه قال في قوله من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز إذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسأل عنه انتهى . وذلك لأن من أصل أبي حنيفة « رح » أن القاضي لا يسأل عن الشهود في غير الحدود والقصاص إلا إذا طعن الخصم وهذا إذا سئل عنهم على قول من رأى ذلك ، فقال المشهود عليه هو عدل لا يكتفي ذلك، حتى يسأل غيره لأن تعديل الشهود عليه ليس بتعديل على الكمال ، بل هو تعـديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدقه على شهادته .

(وعن أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » أنه يجوز تزكيته) أي تزكية الخصم ، وبه قال الشافعي « رح » في قول آخر لا تجوز . (لكن عند محمد « رح ») إنما يجوز (يضم تزكية الآخر إلى تزكيته ، لأن العدد عنده شرط) أي عند محمد « رح » وفي بعض النسخ لأن العدد عنده شرط . وفي جامع قاضي خان « رح » هذا إذا كان المدعى عليـه يصلح مزكياً ، فإن كان فاسقاً أو مستوراً أو سكت عن جواب المدعي ، ولم يجحد ، فلمـــا شهدوا قال هم عدول ، لا يصح هذا التعديل ، لأن العدالة في المزكي شرط عند الكل ،ولم يوجد وعن محمد « رح » أن القاضي يسأل عن المدعى عليه شهدوا عليك بحق أو بغـــير حق . فإن قال بحق فهو إقرار ، وإن قال بغير حق لا يقضى بشيء .

(ووجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم

كاذب في إنكاره مبطل في إصراره ، فلا يصلح معدلاً . وموضوع المسألة إذا قال هم عدول ، إلا أنهم أخطأوا ونسوا . أما إذا قال هم عدول ، إلا انهم أخطأوا ونسوا . أما إذا قـــال صدقوا أو هم واحداً ، جاز ، والإثنان أفضل ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وقـــال محمد « رح » ، ولا يجوز إلا اثنان والمراد منه المزكى ،

كاذب في إنـكاره ، مبطل في إصراره) بالصاد المهملة ، والاصرار هو الثابت على الشيء أي الخصم مبطل في ثباته على الإنـكار (فلا يصلح معدلاً) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق.

(وموضوع المسألة) هذا جواب عما يقال تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولاً ، لأن العدالة ليست بشرط فيه بالاتفاق . فأجـــاب المصنف « رح » بقوله وموضع المسألة ، يعني الذي يثبت عليه هذه المسألة (إذا قـــال) أي المدعي (هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا) ومثل هذا ليس بإقرار بالحق وفيه نظر ، لأن هـــذا الكلام مشتمل على الإقرار وغيره ، فيصدق في الإقرار على نفسه ، ويرد الغـير للتهمة . وأجيب بأن الإقرار فيه بالنسبة إلى ما عليه لأنه نسبهم في ذلك إلى الخطأ والنسيان ، فأنى يكون إقراراً . (أما إذا قال صدقوا وهم عدول صدقة) جمع صادق (فقـــد اعترف بالحق) فيقضي القاضي عليه باعترافه لا بالشهادة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل) عن صيغة المجهول (أن الشهود واحداً جاز) لأنه ليس بشهادة ، فلا يشترط في الخـــبر العدد (والاثنان أفضل) لأنه أحوط (وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف «رح») وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية .

(وقال محمد « رح » لا يجوز إلا اثنان) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » في رواية (والمراد منه) أي من رسول القاضي الذى يسأل عن الشهود (المزكي) وهو المرسل اليه فـكان قوله الذي يسأل عن الشهود صفته الرسول ، وتفسيره والذي يسأل عنـه الشهود

وعلى الخلاف القاضي إلى المزكى والمترجم عن الشاهد . له أن التزكيـة في معنى الشهادة ، لان ولايـــة القضاء تبتنى على ظهور العدالة ، وهو بالتزكية ، فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ، وتشترط الذكورة في المزكى في الحدود والقصاص ، ولهما انه ليس معنى الشهادة ، ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ، ومجلس القضاء

هو المزكي (وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهـــد) يعني يكفي الواحد للتزكيـة والرسالة والترجمة عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية . وعند محمد « رح» لا بد من اثنـــين . وقال الشافعي رحمه الله واحمد « رح » والترجمة جائزة إذا كان القاضي لا يعرف نساءهم . والنبي ﷺ صنع في حق سلمان رضي الله عنه ، فقال ترجم كلامه إذا فسره بلسان آخر . وفي الخلاصة الترجمان إذا كان أعمى ، فعن أبي حنيفة « رح » لا يجوز ، وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز (له) أى لمحمد « رح » (أن التزكيـــة في معنى الشهادة ، لأن ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة ، وهو بالتزكية فيشترط فيــه العدد كما تشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص) بإجماع الأئمة الأربعة « رح » وكذلك في القصاص .

وذكر في المختلف والحصر في كتاب الحدود من باب أبي حنيفـــة « رح » يشترط الذكورة في المزكي عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، ويشترط أيضاً عند الأئمة الثلاثة فيما لا يثبت بشهادة النساء ، وعلى هذا الخلاف الجرح ، فعندهما يثبت بواحـــد ، وبه قال مالك « رح » وأحمـــد « رح » . وعند محمد « رح » لا بد من اثنين . وبه قال الشافعي وأحمـــد « رح » في رواية . (ولهما) أي ولأبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » (أنـــه) أى أن التزكية (ليس في معنى الشهادة ، ولهـــذا) أى لعدم كونه في معنى الشهادة ، (لا يشترط فيهـــا لفظة الشهادة ، ومجلس القضاء) فـــلا

واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة ، فلا يتعداها ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكى في تزكية السر حتى صلح العبد مزكياً . فأما في تزكية العلانية فهو شرط ، وكذا العدد بالإجماع على ما قاله الخصاف « رح » لاختصاصها بمجلس القضاء . قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد « رح » .

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين أحدهما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع ، والإقرار ، والغصب ، والقتل ، وحكم

يشترط فيها ما يشترط في الشهادة (واشتراط العدد أمر حكمي) أى تعبدى ثبت بالنص على خلاف القياس (في الشهادة فلا يتعداها) أى فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية (ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكياً) لمولاه وغيره . (فأما في تزكية العلانية ، فهو شرط وكذا العدد بالإجماع) شرط (على ما قاله الخصاف « رح » لاختصاصها بمجلس القضاء) وقال في الخلاصة شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر . أما عندنا فالذى تزكيهم في العلانية ذكره في الفصل الثاني من كتاب القضاء .

(قالوا) أى المشايخ « رح » (يشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد«رح») الأربعة من الذكور في المزكين ، ذكره في الذخيرة .

(فصل)

أى هذا فصل في بيان أحكام تتعلق باداء الشهادة ، بأن الشاهد كيف يشهد عند القاضي (وما يتحمله الشاهد على ضربين) أى على نوعين (احدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أى بلا احتياج إلى الاشهاد (مثل البيع والإقرار ، والغصب ، والقتل وحكم

الحاكم ، فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه ، وسعه ان يشهد ، وإن لم يشهدعليه ، لانه علم ما هو الموجب بنفسه ، وهو الركن في إطلاق الأداء . قال الله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ ٨٦ الزخرف ، وقال النبي ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع .

الحاكم ، فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه) الذى سمعه مثل البيع والإقرار ، وحكم الحاكم هذا من المسموعات ، والذى رآه مثل الغصب والقتل ، ونحو ذلك من المبصرات (وسعه) ويسع الشاهد (أن يشهد وإن لم يشهد عليه ، لأنه علم ما هو الموجب بنفسه ، وهو الركن) أى العلم بالموجب بنفسه هو الركن (في إطلاق الأداء) أى في جواز أداء الشهادة .

(قال الله عز وجل ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ ٨٦ الزخرف) بيانه أن الله تعالى جوز أداء الشهادة بعد العلم ، وقد حصل العلم بالرؤية والسماع ، فتصح الشهادة يدل عليه الإجماع ايضاً . ألا ترى أن رجلا لو طلق امرأته ثلاثاً أو أعتق عبده أو أمته ، وسمع الرجلان ذلك فجاءت المرأة أو العبد يطلب شهادتهما لم يسمعهما ، ترك الشهادة لئلا يقع الرجل في الوطء الحرام في المرأة والأمة ، قالوا إنما يجوز ذلك إذا رأوه أن يفعل ذلك وعرفوا صحته ، فإن سمعا كلامه من وراء حجاب غليظ وحابط لا يرونه ، لم يسعهم الشهادة لأن الصوت يشبه الصوت فلا يجوز الشهادة بالشك .

(وقال النبي ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع) هذا الحديث رواه البيهقي « رح » في سننه ، والحاكم في المستدرك ، عن محمد بن سليمان بن مشمول ، حدثنا عبدالله بن سلمة بن وهرام عن أبيه عن طاووس عن ابن عباس رضى الله عنهما ، أن رجلا سأل النبي ﷺ عن الشهادة ، فقال هل ترى الشمس ، قال نعم ، قال على مثلها فاشهد أو دع . قال الحاكم حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي في مختصره ، فقال بل هو حديث وام ، فإن محمد بن سليمان بن مشمول « رح » ضعفه غير واحد ، وقال النسائي ضعيف ، وقال ابن عدى عامة ما يرويه لا يتابع عليه إلا في إسناده ، ولا في سننه . فإن قيل جعل العلم بالموجب ركناً في الاداء مخالف للنصين جميعاً ، فإنهما لا بد

قال ، ويقول أشهد أنه باع ، ولا يقول أشهدني لأنه كذب . ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ولو فسر للقاضي ، ولا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة ، فلم يحصل العلم إلا إذا كان دخل البيت ، وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ، ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره ، فسمع إقرار الداخل ولا يراه ، له أن يشهد ، لأنـــه حصل العلم في هذه الصورة ،

لأن على شرطيته وعلى ركنيته ، إذ الاحوال شروط وإذا موضوعه للشرط . أجيب بأنه مجاز عن الشرط وانما غير عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الاداء إليه .

(ويقول أشهد أنه باع) يعني إذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها ، واحتيج إلى الشهادة يقول الشاهد أنه باع (ولا يقول أشهدني لانه كذب) لانه ما أشهده . وفي الذخيرة هذا في البيع الصريح ، أما في البيع على سبيل التعاطي ، يشهدون على الآخذ والإعطاء لأن التعاطي بيع حكمي وقيل لو شهدوا على البيع يجوز .

(ولو سمع من وراء الحجاب) أى قول واحد بعت وقول آخر اشتريت (لا يجوزله أن يشهد ولو فسر للقاضي) بأن قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة ، فلم يحصل العلم) وهي الكلام الخفي من حد ضرب ، يقال فلان حسن النغمة إذا كان حسن الصوت في القراءة (إلا إذا كان) استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان ، أي الشاهد (دخل البيت وعلم أنه ليس فيه) أي في البيت (أحـد سواه ثم جلس على الباب وليس مسلك البيت[1] غيره) أي غير الباب (فسمع إقرار الداخـــل ولا يراه) فحينئذ يجوز (له أن يشهد) على إقراره (لأنه حصل العلم في هذه الصورة) وكان ابن مقاتل لم يجوز الشهادة بالسماع من وراء الحجاب مطلقاً . وقال أبو الليث « رح » إذا رأى شخصها حال إقرارها يجوز ، وإلا لاشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها كما في

---

(١) وليس في البيت مسلك – هامش .

ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء ، لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليها ، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها ، وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل ولم يوجد . وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد ، لأنه ما حمّله وإنما حمّل غيره .

الذخيرة (ومنه) هذا بيان للضرب الثاني من الضربين اللذين ذكرهما بقوله ، ما يتحمله الشاهد على ضربين أي ما يتحمله الشاهد (بألا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة) فإنها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد .

(فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليها) بضم الباقي يشهد لأنه مجهول (لأن الشهادة) أي شهادة الأصول (غير موجبة بنفسها) وفي بعض النسخ غير مثبتة بنفسها (وإنما تصير) أي الشهادة (موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل) أي لا بد من الإنابة بتحمل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع إلى مجلس القضاء . وقال الأكمل « رح » والأول يعني قوله الإنابة إشارة إلى مذهب محمد « رح » فانه يقول بطريق التوكيل ، ولا توكيل إلا بأمر الموكل ، والثاني يعني قوله ، والتحمل إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » فإنهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بتطريق التحميل (ولم يوجد) أي كل واحد من الإنابة والتحميل .

(وكذا لو سمعه) أي إذا سمع الشاهد (يشهد الشاهد على شهادتة ، لم يسمح للسامع أن يشهد لأنه) أي لأن ذلك الشاهد (ما حمله) السامع على شهادته (وإنما حمل غيره) غير السامع ، وهو بخلاف القاضي إذا شهد على قضيته ، وسمع بذلك آخرون ، وسمعهم أن يشهدوا لأن قضاة حجة بمنزلة الإقرار والبيع وغير ذلك ، فيصبح التحميل من غير إشهاد . كذا ذكره فخر الإسلام البزدوي « رح » في شرح الجامع الصغير .

قال ، ولا يحلّ للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة، لأن الخط يشبه الخط ، فلم يحصل العلم . قيل هـذا على قول أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يحل له أن يشهد . وقيل هذا بالاتفاق ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته ، لأن ما يكون في قمطره فهو تحت خيمتـه يؤمن عليـــه من الزيادة والنقصان ، فحصل له العلم بذلك ، ولا كذلك الشهادة في الصك ، لأنه في يد غيره .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة ، لأن الخط يشبه الخط ، فلم يحصل العلم) وهـــذا كما رأيت ، لم يذكر القدوري فيه الخلاف ، وكذا لم يذكر في شرح الاقطع ، وكذلك الخصاف لم يذكر الخلاف في أدب القاضي فلأجل هذا قال المصنف « رح » (قيل هذا على قول أبي حنيفة « رح » وعندهما يحل له أن يشهد) وكذا ذكر الخلاف في المختلف ، وذكر أبي القاضي « رح » ورووا الخبر كذلك على الخلاف .

(وقيل هذا) أي عدم الحل بدون تذكر الحادثة (بالاتفاق ، وإنمـا الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته) أي شهادة شاهد (في ديوانه أو قضيته) أو وجد حكمه مكتوباً في خريطتة (لأن ما يكون في قمطره) في خريطته ، وقال تاج الشريعة « رح » القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء ما يضاف فيه الكتب . قال ليس العلم مـا بقى القمطر وما العلم إلا ما دعـــاء الصدر (فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له) أي للقاضي (العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره) .

وفي أدب القاضي في المبسوط هاهنا ثلاثة فصول أحدها القاضي إذا وجـد في ديوانه صحيفة شهادة ، ولم يتذكر أنهم شهدوا بذلك ولا حكمه فعلى قول أبي حنيفة « رح » لا يحـــكم بدون الذكر ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمـــد « رح » في رواية ، وعند

وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة ، أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت . قال ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القضاء ،

أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » وجد ذلك في قطرة تحت خاتمه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية ، والثاني الشاهد يجد شهادته في صك وعلم أنه خطه وهو معروف ، ولم يتذكر الحادثة ، والثالث إذا سمع حديثاً فوجده مكتوباً بخطه ووجد سماعه مكتوباً بخط غيره ، لا يحل له الرواية عند أبي حنيفة «رح» بدون التذكر ، ولهذا قلت روايته لمحمد « رح » أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسراً . وقال يعتمد خطه إذا كان معروفاً . وأبو يوسف « رح » في مسألة القضاء والرواية أخذ بالرخصة ، لأن المكتوب كان في يده ، وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة ، ولو نسي القاضي قضاه ، ولم يكن مسجلاً ، فشهد حكمه ولم يمضه عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » والشافعي « رح » ، وعند محمد « رح » وأحمد « رح » وابن أبي ليلى « رح » يقضى به ويمضيه .

(وعلى هذا) هذا عطف على قوله ، ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أى على ما قيل من الوجهين من وجه بالاتفاق والاختلاف (إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة) ولم يتذكر الحادثة (أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت) لا يحل له أن يشهد بالاتفاق ، وقيل لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما .

(قال) القدوري رحمه الله (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب) طريق معرفة النسب أن تسمع من فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة « رح » وعندهما اذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحل له الشهادة (والموت) إذا سمع من الناس أن فلاناً مات أو رآهم صنعوا ما يصنع بالموتى وسعه أن يشهد على موته وإن لم يعاين ذلك . وروى ابن سماعة عن محمد « رح » إذا أخبرك واحد عدل بالموت وسعك أن تشهد (والدخول) إذا رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلاناً زوجه فلا وسعه أن يشهد أنها زوجته ، وإن لم يعاين عقد النكاح (والنكاح) ان يسمع ناساً يقولون أن فلاناً تزوج بفلانة (وولاية القاضي) إذا رأى رجلا قضى لرجل بحق من

فإنه يسيعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به . وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك بالعلم[1] ، ولم يحصل ، فصار كالبيع . وجه الاستحسان أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام

الحقوق وسمع من الناس انه قاضي هذه البلدة وسعه أن يشهد أنه قاضي بلدة كذا ، قضى لفلان بكذا وإن لم يعاين تقليد الامام إياه (فإنه) أي فإن الشاهد (يسيعه أن يشهد بهذه الأشياء) الخمسة المذكورة ، وبه قال أحمد « رح » والشافعي «رح » في قول،ومالك « رح » في رواية إن كان في غاية الشهرة . وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » لا يجوز في النكاح وبه قال مالك « رح » في رواية (إذا أخبره بها) أي إذا أخبر المشاهد بهذه الاشياء (من يثق به) .

(وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز) الشهادة بالتسامع (لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك) يحصل (بالعلم ولم يحصل فصار) حكم هذا (كالبيع) حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع لعدم المشاهدة (وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس) لا يطلع عليها إلا هم (ويتعلق بها أحكام يبقى على انقضاء القرون) كالإرث والنسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي ، وكثبوت كال المهر في الدخول ونحو ذلك مثل النسب والعدة والاحسان .

(فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الجرح وتعطيل الاحكام) لأن العادة لم تجر بحضور الناس الولادة ، وإنما يرون الصبي مع أمه ، وينسبونه إلى الأب ، ويقولون هو ابن فلان ، وكذلك عند الموت لا يحضره إلا الأقارب ، فإذا رأوا الجنازة تحكموا بأن

---

(١) بالمعاينة - هامش

بخلاف البيع ، لأنه يسمعه كل واحد ، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار ، وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق بـــه ، كما قال في الكتاب . ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجـل وامرأتان ليحصل له نوع علم

فلاناً مات ، وكذلك النكاح لا يحضره كل أحد ، فإذا أخبر بعضهم بعضاً ان فلاناً نكح فلانة ، يقتصرون على ذلك في التحقيق ، وكذلك لا يعلم إلا بإمارته ، وكذلك ولاية القاضي ، لا يحضر بها أحد ، فإذا قرأ الحكم وحبس القاضي في مجلس الحكام، ونظر بين الخصوم وتحققوا انه قاضي ، ألا ترى أنا نشهد أن علياً بن أبي طالب رضى الله عنه وإن لم نعاين الولادة وتشهد أن أبا بكر وســائر الصحابة رضي الله عنهم ماتوا وإن لم نعاين الموت ، ونشهد ان عائشة رضى الله عنها زوجة النبي ﷺ وإن لم نعاين النكاح وكذا نشهد انه ﷺ دخل بها وإن لم نعاين الدخول ، وكذا نشهد أن شريح بن الحارث كان قاضياً وإن لم نعاين ذلك .

(بخلاف البيع لأنه يسمعه كل واحد) وسبب الملك وهو البدو هو مما يعانيه كل واحد (وإنما يجوز الشاهد) هذا جواب عما يقال هذا الاستحسان مخالف الكتاب ، فإن العلم مشروط في الكتاب ، ولا علم فيما نحن فيه ، وتقرير الجواب أن يقال لا تسلم أن لا علم فيما نحن فيه ، فإنه إنما يجوز الشاهد (أن يشهد بالاشتهار وذلك) أي الاشتهار (بالمتواتر أو بإخبار من يثق به) فالأول اشتهار حقيقة ، والثـــاني اشتهار حكماً (كما قال في الكتاب) أي مختصر القدوري « رح » وهذا اشارة إلى ما ذكره بقوله قبل هـــذا إذا أخبره بها من يثق به . وبين المصنف «رح » ان العدد فيمن يثق به شرط بقوله (ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم) وهذا على قول أبي يوسف ومحمد « رح » واما على قول أبي حنيفة «رح» فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر ، واذا ثبتت الشهرة عندهم بخبر عدلين يشترط ان يكون للاخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا ، لأنها توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر .

وقيل في الموت يكتفى بإخبار واحد أو واحدة ، لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد ، إذ الإنسان يهابه ويكرهه ، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج، ولا كذلك النسب والنكاح . وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ، ولا يفسر ، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع ، لم يقبل شهادته ، كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق للشهادة . ثم إذا فسر

(وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد أو واحده) إنما قال بلفظ قيل ، لأن في الموت اختلاف المشايخ « رح » عامتهم على انه يكتفى بإخبار واحد عدل ، وهو المروى عن ابن اسحاق عن محمد « رح » قال، إذا أخبرك عدل بالموت وسعك أن تشهد به، وبعضهم قالوا لا يكتفي بخبر الواحد ، كما في النكاح ، واليه ذهب ظهير الدين نكاح فتاواه ، وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » (لأنه) أي لإن الانسان (قل ما يشاهد حاله) أى حال الموت (غير الواحد ، إذ الانسان يهابه) أي الموت (ويكرهه ، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ، ولا كذلك النسب والنكاح) فإن فيهما لا بد من عدلين .

وقال شيخي العلاء رحمه الله ، وهاهنا مسألة عجيبة لا رواية بها ، وهو أن الموت إذا لم يعاينه إلا واحد ، فلو شهد عند القاضي ، لا يقضى بشهادته وحده ماذا يصنع ، قالوا يخبر بذلك عدلاً مثله ، فإذا سمع منه حل له أى يشهد على موته ، فيشهد هو مع ذلك الشاهد حتى يقضي القاضي بشهادتهما . ولو شهد واحد بالموت ، واخبر بالحياة ، فامرأته تأخذ بقول من يخبر بالموت لأنه يثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه ، وذكر فيه إنما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل معروفاً ، بأن كان عالماً أو من العمال أما إذا كان تاجراً أو من هو مثله لا يجوز إلا بالمعاينة .

(وينبغي أن يطلق اداء الشهادة) هذا بيان لكيفية الأداء . قوله أن يطلق أي يقول أشهد أن فلان بن فلان كما نشهد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ابن أبي قحافة والخطاب ولم نشاهد شيئاً من ذلك (ولا يفسر ، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع ، لم تقبل شهادته ، كما أن معاينة اليد في الاملاك مطلق الشهادة ، ثم إذا فسر) إنما يشهد لأنه رآه

لا يقبل ، كذا هـــذا ، وكذا لو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، حل له أن يشهد على كونه قاضياً ، وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً ، وينبسط كل واحـــد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج ، كما إذا رأى عيناً في يد غيره . ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته ، فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ، ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف .

في يده (لا تقبل كذا هذا وكذا) لأنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقة ، فتكون الشهادة من [١] علم ولا كذلك إذا فسر ، ويقول سمعت هـــذا (لو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، حل له أن يشهد على كونه قاضياً ، وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتاً ، وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج) جازله أن يشهد بأنها امرأته (كما إذا رأى عيناً في يد غيره) جاز له أن يشهد له به .

(ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته ، فهو معاينه حتى لو فسر للقاضي قبله) لأنه لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليـه (ثم قصر الاستثناء في الكتاب) يعني قصر اعتبار التسامع في كتاب القـــدوري « رح » (على هذه الاشياء) أي على الأشياء (الخمسة) في قوله إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القـاضي (ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف) قوله ينفي خـــبر لقوله قصر الاستثناء ، وهو مرفوع على الابتداء ، مصدر مضاف إلى مفعوله ، حاصل المعنى لا تجوز الشهادة بالتسامع في الولاء والوقف . وفي شرح الاقطع قال أبو حنيفة « رح » ومحمد « رح » لا تجوز الشهادة بالولاء أي يسمعا المعتق ، هكذا ذكر في الأصل في رواية حفص « رض » وهو قول أبي يوسف « رح » الأول ، ثم رجع وقال اشهدوا علي ولا شهود جاز وهو إحدى الروايتين عن محمد « رح » وهو معنى قوله :

---

(١) عن – هامش .

وعن أبي يوسف «رح» آخراً أنه يجوز في الولاء ، لأنه بمنزلة النسب، لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب . وعن محمد « رح » أنه يجوز في الوقف لانـــه يبقى على مر الأعصار . إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ، ولا بد فيه من المعاينة، فكذا فيما يبتنى عليه. وأما الوقف ،فالصحيح أنه يقبل الشهادة في التسامـع في أصله دون شرائطه ، لان أصله هو الذي يشتهر .

(وعن أبي يوسف « رح » آخراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب) وبه قال مالك « رح » واحمد « رح » وبعض اصحاب الشافعي « رح » (لقوله ﷺ الولاء لحمة كلحمة النسب) والشهادة على النسب جائزة بالتسامع فكذا على الولاء ، ألا ترى إنما نشهد أن قنبر مولى علي رضي الله عنه وأن عكرمة مولى ابن عباس «رض» وإن لم تدرك.

(وعن محمد « رح » أنه) أي التسامع أي الشهادة به (يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار) وبه قال احمد « رح » والاصطخري من أصحاب الشافعي « رح » (إلا انا نقول) جواب عن قول أبي يوسف « رح » (الولاء يبتنى على زوال الملك) وهو إزالة ملك اليمين (ولا بد فيه من المعاينة) لانه يحصل بكلام يسمعه الناس (فكذا فيما يبتنى عليه) أي فكذا لا بد من المعاينة فيما يبتنى على زوال الملك ، وهو الولاء .

وفي ادب القاضي الشهيد «رح» عن الحلواني أن الخلاف ثابت في العتق أيضاً ،لان الشهادة على الولاء شهادة على العتق ايضاً ، وذكر شمس الائمة السرخسي «رح» أن الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع . وعند الشافعي « رح » في قول احمد « رح » ومالك « رح » يقبل في العتق ايضاً ، ثم الخصاف شرط لسماع الشهادة بالتسامع على الولاء عند ابي يوسف « رح » في المبسوط ، فقال إنمـــا يقبل إذا كان المعتق مشهوراً ، وللعتق ابوان أو ثلاثة في الإسلام .

(واما الوقف ، فالصحيح انه يقبـل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه ، لان أصله هو الذي يشتهر) وشرائطه لا تشتهر ، واليه مال شمس الائمة السرخسي « رح »وهو

قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة،وسعك أن تشهد أنه له، لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك ، إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها ، فيكتفى بها . وعن أبي يوسف « رح » أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه لو قالوا ،

الاصح . وفي شرح الاقطع ، ولا يجوز الشهادة بالوقف بالاستفاضة . وقال محمد « رح » يجوز وهو احد قولي الشافعي « رح » . وبه قال احمد « رح » وقال المرغيناني « رح » لا بد من بيان الجهة بأن يشهد بأن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة او ما اشبهه،حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته ، وفي المجتبى والمختار ان يقبل على شرائط الوقف ايضاً.

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له) وفي جامع قاضي خان صورة المسألة رجل رأى عيناً في يد إنسان ، ثم رآها في يد الآخر ، والاول يدعي الملك، وسعه ان يشهد انه للمدعي، لان الملك في الاشياء لا يعرف بطريق التعيين ، وإنما يعرف بطريق الظاهر واليد بلا منازع دليل الملك ظاهراً ، بل لا دليل لمعرفة الملك للشاهد سوى اليد بلا منازعة (لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك إذ هي) أي اليد (مرجع الدلالة في الاسباب كلها) من الشراء والهبة ونحو ذلك (فيكتفي بها) أي باليد فجاز للشاهد أن يشهد بدلالة اليدعلى الملك ، ولكن لا يقول عند الشادة أشهد بأنه ملكه لاني رأيته في يده ، لان الظاهر هو يكفي لاداء الشهادة ما لا يكفي للقضاء إلا في العبد والامة إذا كانا كبيرين يعبران عن انفسهما لانهما في يد انفسهما فلأن يكون مجرد استعمالهما دليل الملك ، لان الحر قد يخدم الحر إعارة أو إجارة ، كأنه عبد ، وهو إذا كان له يعرف انهما رقيقان ، أما إذا عرفا انهما رقيقان ، فتجوز الشهادة لان العبد والامة لا بد لهما على انفسهما ، وكذا تجوز الشهادة إذا كانا صغيرين لا يعتبران عن انفسهما ، وان لم يعرفا انهما رقيقان ولهذا المعنى .

(وعن أبي يوسف « رح » انه يشترط مع ذلك) أي مع رؤية اليد والتصرف (أن يقع في قلبه انه له) أي ان هذا الشيء لمن في يده ، وفي الفوائد الظهيرية ، اسند هذا

ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد « رح » في الرواية ، فيكون شرطاً على الاتفاق. وقال الشافعي « رح» دليل الملك اليد مع التصرف ، وبه قال بعض مشايخنا « رح» لان اليد متنوعة إلى أمانة وملك . قلنا والتصرف يتنوع أيضاً إلى نيابـــة وأصالة ، ثم المسألة على وجوه إن عاين المالك والملك ، حل له أن يشهد .

القول إلى أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » فقال وعنها ووجهـــه ان الاصل في الشهادة الاحاطة واليقين ، لقوله ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع . وعند اعوذ ان ذلك يصار إلى ما يشهد به القلب ، ولهـذا قيل إذا رأى إنسان درة ثمينة في يد كناس أو كتاباً في يد جاهل ، ليس في أمانه من هو أهل لذلك ، لا يسعه ان يشهد بالملك له .

(قالوا) أى المشايخ « رح » (ويحتمل ان يكون هذا) أي ما ذكر من شهادة القلب (تفسيراً لإطلاق محمد « رح » في الروايه فيكون شرط على الاتفاق) وهو قوله وسعك أن تشهد انه له ، وذكر الصدر الشهيد « رح » في ادب القاضي ، ويحتمل ان يكون قولة قول الكل ، وبه نأخذ .

(وقال الشافعي « رح » دليل الملك اليد مع التصرف) أي التصرف مدة طويلة، وبه قال مالك « رح » وأبو حامد الحنبلي (وبه قال بعض مشايخنا « رح ») وهو الخصاف (لان اليد متنوعة إلى امانة وملك) وكذا إلى ضمان الانابة كالوكيل والمضارب (قلنـا والتصرف ايضاً يتنوع إلى نيابة واصالة) بضم ، يحتمل إلى محتمـل يريد الاحتمال فبقى العلم . وعند احمد « رح » والاصطخري من اصحاب الشافعي « رح » يجوز أن يشهد في الكل بالاستفاضة ، لانه موجب للعلم الظاهر ، وعند مالك « رح » والشافعي « رح » في الاصح لا يجوز لاحتمال انه أشهر من رجل ، ويكون لغيره ، وهو كثير فلا يفيد علماً .

(ثم المسألة على وجوه) أي هذه المسألة على وجوه أربعة بالقسمة الفعلية الاولى هو قوله (إن عاين المالك والملك) جميعاً فحينئذ (حل له ان يشهد) لان شهادته عن علم ويصيره لانه عرف المالـــك بوجهه واسمه ونسبه ، وعرف الملك بحـدوده وحقوقه

وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحساناً لان النسب يثبت بالتسامع ، فيحصل معرفته ، وإن لم يعاينهما ، أو عاين المالك دون الملك لا يحل له. وأما العبد والأمة ، فإن كان يعرف أنهما رقيقان ، فكذلك، لان الرقيق لا يكون في يد نفسه ، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان، إلا أنهما صغيران لا يعبران عن نفسهما، فكذلك،

ورآه في يد الثاني هو قوله (وكذا إذا عاين الملك بحدوده) تنسب إلى فلان بن فلان الفلاني ، ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه وهو معنى قوله (دون المالك) يجوز ان يشهد (استحساناً) والقياس أن لا يجوز لانها شهادة بالملك، ثم المالك مع جهالة المشهود له وجه الاستحسان هو قوله (لان النسب) أي نسب المالك (يثبت بالتسامع) والشهرة (فيحصل معرفته) أي معرفة المالك ، فكانت شهادة بمعلوم .

ألا ترى أن صاحب الملك إذا كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج ، كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك. وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال ، وهي باطلة،وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان . والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصداً ، وهو مقبول فيه كما تقدم في خبر ذلك ببيت المال ، والاعتبار للتضمن. الثالث وهو قوله :

(وإن لم يعاينها) أي وإن لم يعاين الملك والمالك جميعاً بأن سمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا ، حدودها كذا وكذا ، لا يشهد لأنه مجازف في الشهادة الرابع وهو قوله (أو عاين المالك دون الملك) فكذلك لا يشهد بجهالة المشهود به وقوله (لا يحل) جواب الوجهين الاخيرين.

(وأما العبد والأمة) مردود إلى قوله سوى العبد والأمة تقريره إذا رأى عبداً أو أمة في يد شخص (فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك) أي حل للرائي أن يشهد لذي اليد بالملك (لأن الرقيق لا يكون في يد نفسة) بل يكون في يد المستولي عليه (وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك) يعني يحل له أن

لانه لا بد لهما ، وإن كانا كبيرين ، فذاك مصرف الاستثناء ، لان لهما يداً على أنفسهما ، فيدفع يد الغير عنهما ، فانعدم دليل الملك .
وعن أبي حنيفة « رح » أنـــــه يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب ، والفرق ما بيناه والله أعلم .

يشهد (لأنه لا بد لهما) أي للصغيرين وإن كانا كبيرين) أي العبد والأمة (فذلك مصرف الاستثناء)بقولهسوىالعبد والأمة (لأن لهما يداً علىأنفسهما،فتدفع يد الغير عنهمافانعدمدليل الملك) حتى أن الصبي الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ، ويصنع به المقربه ما يصنع بمملوكه .

وأعترض بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتــــبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من ادعى رقيقاً ، وأجيب بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للولي في الصغر ، وإنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق وأجيب :

(وعن أبي حنيفة « رح » أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا) أي في الكبيرين (اعتباراً بالثياب) والدواب لدلالة اليد على الملك (والفرق ما بيناه) وهو قوله لأن لهم يداً على أنفسهما يدفعان بها يد الغـــير عنها بخلاف الثياب والدواب ، لأنه لا يد لهما على أنفسهما (والله أعلم) .

★ ★ ★

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ، ولا يقبل شهادة الأعمى . وقال زفر « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » لا تقبل فيما يجري فيه التسامع ، لان الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه .

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل شهادته)

أي هذا باب في بيان من تقبل شهادته ولا تقبل ، ولما فرغ عن بيان ما يسمع من الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع ، الا أنه قدم الأول لأن المحال مشروط ، والشرط مقدم كالطهارة ، وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة . قال ﷺ لا شهادة لمتهم وهي قد تكون بمعنى في الشاهد كالفسق ، وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة متهم بإيثار المشهود له على المشهود عليه ، كالولادة ، وقد تكون لخلل في أداة التمييز كالعمى ، وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي ، وهو المحدود في القذف بعد التوبة عندنا وقبل التوبة عند الشافعي « رح » .

(قال) أي القدوري « رح » (لا تقبل شهادة الأعمى ، وقال زفر « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » تقبل فيما يجري فيه التسامع) كالنسب والموت (لأن الحاجة في ذلك إلى السماع ولا خلل فيه) أي في السماع ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك « رح » وأحمد « رح » ، وهو قول النخعي « رح » والثوري « رج » والحسن البصري « رح » وسعيد بن جبير « رح » . وعن ابن عباس « رض » تقبل فيما طريقه السماع أيضاً ، وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » واختاره المزني « رح » وهو قول الزهري « رح » وربيعة « رح » والليث « رح » وشريح « رح » وعطاء « رح » وابن ابي ليلى « رح » و كذا يقبل في الترجمة عند الكل ، لأن العلم يحصل له فيها كالبصير ، إذ حصول العلم بالسماع ، وهو كالبصير في السماع ، ويعرف القائل بأسمه ونسبه .

وقال أبو يوسف « رح » والشافعي « رح » لا يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة . والأداء يختص بالقول ولسانه غـير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت . ولنـا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود، فالنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ، فصار كالحدود والقصاص . ولو عمي بعـد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد « رح » فإن قيام الأهلية

(وقـال أبو يوسف « رح » والشافعي « رح » يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف) يعني لم تصبه آفه ، فقال آيف فلان على ما لم يسم فاعله ، أي أصابته آفة فهو مؤوف على مثال مصوف ، والآفـة العاهة (والتعريف) أي تعريف المشهود له وعليه (يحصل بالنسبة) بأن يقول أشهد على فلان بن فلان (كما في الشهادة على الميت) إذا شهد عليه بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر بعضه (ولنا ان الاداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بـين المشهود له والمشهود عليه لا يميز الأعمى إلا بالنغمة) أي الصوت (وفيـه) أي وفي النغمة بتأويل الصوت (بشبهة يمكن التحرز عنهـا بجنس الشهود) فإن للشهود البصر اكثرة فيهم غنية عن شهادة الأعمى .

(والنسبة لتعريف الغائب دون الحـاضر) هذا جواب عن قوله والتعريف يحصل بالنسبة ، تقريره أن النسبة إنما تكون مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته، على أن هناك تقع الإشارة إلى وصي الميت ، وهو في ذلك قائم مقامه (فصار كالحـدود والقصاص يعني أن في الحدود والقصاص لا تقبـل شهادة الشهد ، فكذا هذا .

(ولو عمي بعد الاداء) أي ولو عمي الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها (يمتنع القضاء) يعني لم يجز الحكم بها (عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » لأن قيام أهليـة

للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت ، وصار كما إذا خرس ، أو جن ، أو فسق ، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا ، لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت . قال ، ولا المملوك ،

الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها) أي لصيرورة الشهادة (حجة عنده وقد بطلت) أي عند القضاء ، ولا قيام لهــا (وصار كما إذا خرس ، أو جن أو فسق) بعد الاداء قبل العقد ألا يقضي القاضي بشهادته ، والامر الكلي هذا إنما يمنع الاداء منع القضاء، لان المقصود من ادائها القضاء ، وهذه الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فمع القضي والعمى بعــد التحمل يمنــع الاداء عندهما ، فيمنع القضاء ، وعند أبي يوسف « رح » يمنع الاداء ، فلا يمنع القضاء .

(بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا) هذا جواب عما يقال لا نسلم أن قيــام الاهلية وقت القضاء شرط ، فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل الاداء ، لا يمنع القضاء لا يمنع ، وتقرير الجواب أن الشهود إذا ماتوا أو غابوا لا يمنع القضاء (لان الاهلية بالموت انتهت) والشيء يتقرر بانتهائه (وبالغيبة ما بطلت) أي الشهادة . ألا ترى أن شاهد الفرع إذا شهد بعد موت الاصل تقبل شهادته ، والقضاء يكون بشهادة الاصول ، فكذلك اعــتراض الموت لا يمنع القضاء بالشهادة .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا المملوك) وهذا عطف على قوله شهادة الاعمى ، أي ولا تقبل شهادة المملوك ، وبه قال الشافعي « رح » . وعن علي رضي الله عنه أنه قال أقبل شهادة العبيد بعضهم على بعض ، ولا أقبلها على حر وعن أنس رضي الله عنــه أنه يقبل على الاحرار والعبيد ، وبه قال عثمان البتي « رح » واسحاق « رح » واحمد «رح» وداود « رح » ، وعن الشعبي « رح » والنخعي « رح » انهما قالا تقبل في القليــل دون الكثير .

ولا تقبل شهادة الصبيان عندنا ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد وعامة العلماء، وعن مالك « رح » تقبل شهادة الصبيان في الجراح إذا كانوا قد اجتمعوا لامر مباح قبــل أن يتفرقوا . وروى ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنهما ، وعن أحمد رواية أيضاً وعن مالك

لأن الشهادة من باب الولاية ، وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا يثبت له الولاية على غـــيره ولا المحدود في القذف وإن تاب ، لقوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ ٤ النور ، ولأنه من تمام الحد ، لكونه مانعاً ،فيبقى بعد التوبة كأصله، بخلاف الحدود في غير القذف ،

أنه يقبل في كل شيء لإطلاق النصوص ، والعبد أو الصبي عدل ، قلنـــا الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لهما على أنفسهما ، ففي غيرهما أولى ، إلا أن يؤديا في الحرية والبلوغ ما ما تحملا قبلهما ، لانهما من أهل الولاية عند الاداء ، وبه قال الشافعي « رح »واحمد«رح».

(لان الشهادة من باب الولاية) لانها تنفذ القول على الغير (وهو) أي العبد (لا يلي على نفسه فأوله أن لا يلي [1] على غيره) وقال الخصاف « رح » في أدب القاضي ، حدثنا عبدالله بن محمد « رح » قال حدثنا حفص بن غياث « رح » عن الحجاج « رح » عن عطاء « رح » عن ابن عباس « رض » قال لا تجوز شهادة العبد (ولاالمحدود في القذف وأن تاب) أي ولا تقبل ايضاً شهادة المحدود في القذف وقوله وإن تاب واصل بما قبله (لقوله تعـالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً ﴾ ٤٠ النور) وجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له ، والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت مـا (ولانه) يعني ولأن رد الشهادة (من تمام الحد لكونه) أي لكون تمام الحد (مانعاً) أي عن القـذف ، لكونه زاجراً إلا أنه لم يؤلم عليه كالحد يؤلم بدونه ، ولان المقصود من الحد دفع العار عن المقذوف وذلك في إهدار قبول القاذف أظهر لانه بالقذف أذى قلبه ، فجزاؤه أن لا تقبل شهادته لانه فعل لسانه وفاقاً لجريمته ، فيكون من تمام الحد (فيبقى) أي الرد (بعـــد التوبة كأصله) أي كأصل الحد اعتباراً له بالاصل .

(بخلاف المحدود في غير القذف) هذا جواب عما يقال المحدود في فاسق بقوله تعالى ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ٤ النور ، والفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غـــير

---

(١) فأولى أن يثبت له الولاية — هامش .

لأن الرد للفسق ، وقد ارتفع بالتوبة . وقال الشافعي « رح » تقبل إذا تاب ، لقوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ ٥ النور ، استثنى التائب . قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ، وهو قوله تعالى ﴿ فأولئك هم الفاسقون ﴾ ٤ النور ،

القذف ، فاجاب بقوله بخلاف المحدود في غير القذف نحو السرقة والزنا وشرب الخمر ، حيث تقبل شهادته بعد التوبة (لان الرد) أي رد الشهادة (الفسق وقد ارتفع بالتوبة) وفي المحدود في القذف الرد من تمام التوبة فظهر الفرق بينهما .

(وقال الشافعي «رح» يقبل) أي توبته (إذا تاب لقوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ ٥ النور استثنى التائب) بيانه أن المانع من قبول شهادته الفسق ، وبالتوبة ارتفع الفسق فتقبل شهادته قياساً على المحدود في الزنا . أو السرقة أو شرب الخمر ، إذا تاب فإن شهادته تقبل بالاتفاق ، إلا عند الحسن بن حي والأوزاعي « رح » فإن عندهما لا تقبل شهادة من حد في الإسلام بعد التوبة في قذف أو غيره ، كذا ذكر أبو بكر الرازي «رح» في شرح الطحاوي ويقول الشافعي « رح » قال مالك « رح » وأحمد « رح » واختلفوا في توبته ، فقال الشافعي « رح » توبته إكذابه نفسه وبه قال أحمد « رح » لما روي عن عمر رضى الله تعالى عنه قال توبة القاذف إكذابه نفسه بأن قال كان قذفي باطلاً ، وبه قال ابن ابي جبيرة « رح » من أصحاب الشافعي « رح » وهو رواية عن احمد « رح » . وقال الاصطخري من اصحاب الشافعي « رح » توبته أن يقول كذبت فيما قلت ، ولا أعود إلى مثله وهل تعتبر مع التوبة إصلاح العمل فيه قولان .

(قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ٤ النور) يعني الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم لأن من جملته قوله تعالى ﴿فاجلدوهم﴾ ٤ النور ، ولا يرتفع الجلد بالتوبة فعلم أن الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم بل إلى ما يليه ، وهو قوله تعاله ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ٤ النور ، وليس من رفع الفسق قبول الشهادة كالعدل يوضحه قوله تعالى في قصة لوط عليه السلام ﴿ إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين ،

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن ، ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته ، لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد ، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى . بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلاً ،

إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين ، إلا امرأته ﴾ ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ الحجر ، إن الاستثناء راجع إلى المنجين لا إلى المهلكين ، ونقول أيضاً أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ٤ النور ، وليس بمعطوف على أن ما قبله طلبي وهو إخباري ، فإن قلت فاجعله بمعنى الطلب ليصح كما قوله تعالى ﴿ وبالوالدين إحساناً ﴾ ٨٣ البقرة ، قلت بإياه ضمير الفصل ، فانه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر ، وهو مؤكد الإخبار به (أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن) كما في قوله تعالى ﴿ لا يسمعون فيها لغواً إلا سلاماً ﴾ ٦٢ مريم ، معناه والله أعلم ولكن سلاماً. وهذا لأن من شرط الاستثناء كون المستثنى من جنس المستثنى منه ، وأن لا يكون له خبر على حدة ، وهاهنا المستثنى هو الاسم ، والمستثنى منه الفعل فلا يكون من جنسه ، وله خبر على حدة ايضاً ، والاستثناء المنقطع يعمل بطريق المعارضة ، ولا معارضة بين حكمه ورد الشهادة ، وليس منضرورة كونه تائباً كونه مقبول الشهادة كالعبد التائب التقي ، وقولنا في هذا هو قول سعيد بن المسيب والحسن وشريح وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير رضي الله عنهم، وهكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم ، قبلت شهادته) ذكر هنا تفريعاً على ما تقدم صورته الذمي إذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل ذمته ، ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة ، وعلى أهل الإسلام جميعاً (لأن الكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد) أي رد شهادته لأجل قذفه كان من تتمة حده (وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى) أي غير الأولى المردودة تتمة للحد .

(بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق) حيث لا تقبل شهادته عندنا ، وقالت الأئمة الثلاثة « رح » تقبل كما في الكافر (لأنه) أي لأن الشأن (لا الشهادة للعبد أصلا) في حال رقه

فتمام حده برد شهادته بعد العتق . قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه ولأجداده . والأصل فيه قوله عليه السلام

لا على المسلم ولا على الكافر (فتمام حده برد شهادته بعد العتق) لأنه لا بد في حد القذف من رد الشهادة ، وإنما حصلت له الشهادة بعد العتق ، فترد شهادته الآن تتميماً للحد ، والكافر شهادة على جنسه ، فيترتب عليه حكم المسلمين باسلامه ، فتقبل شهادته .

فإن قيل يشكل بمن زنا في دار الحرب وهو مسلم ، ثم خرج إلى دار الإسلام حيث لا يقام عليه حد الزنا ، فتوقف المؤثر في العبد ولم يتوقف في الزنا ، الجواب أن الزنا في دار الحرب لم يقع موجباً أصلاً ، لعدم ولاية الإمام ، وإقامة الحد للامام . وأما قذف العبد موجب للحد ، وتمامه برد شهادته ، وقيل في قول المصنف « رح » بخلاف العبد إذا حد لم تقبل شهادته ، لا فائدة في ذكر الحد إذ لو لم يحد ثم اعتق وحد لم تقبل شهادته أيضاً . وأجيب إنما ذكره لبيان الفرق بينه وبين الكافر . أما الكافر لو قذف مسلماً ، ثم أسلم ثم حد ، لم تقبل شهادته ، ولو حد بعض الحد في حال كفره ، وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ، وفي الكافر عن أبي حنيفة « رح » في هذه المسألة ثلاث روايات أحدها أنه لا تسقط شهادته ما لم يضرب تمام الحد ، لأن ما دون الحد تقرير ، وهو لا يسقط الشهادة ، والثانية إذا أقيم عليه الاكثر تقوم مقام الكل ، والثالثة إذا ضرب سوط سقطت شهادته والله أعلم .

(قال) أي القدوري «رح» (ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد) أي ولا تقبل شهادة الولد (لأبويه وأجداده) قال الأترازي « رح » هذا الذي ذكره بالإجماع . قلت عن أحمد « رح » تقبل شهادة الولد لوالده ، وعنه تقبل شهادة أحدهما للآخر ، وهو قول أبي ثور والمزني وداود «رح » وحكي في القديم عن الشافعي رحمه الله ، وذكر صاحب النهاية ومالك « رح » يخالفنا فيه ، فيجوز شهادة الوالد لولده ، وشهادة الولد لوالده .

(والأصل فيه) أي في رد شهادة هؤلاء بعضهم لبعض (قوله عليه الصلاة والسلام)

لا يقبل شهادة الولد لوالده ، ولا الوالد لولده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا العبد لسيده ، ولا المولى لعبده ، ولا الأجـــير لمن استأجره ، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة . ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم ، فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيـــه التهمة . قال والمراد بالأجير على ما قالوا ، التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ، ونفعه نفع نفسه ،

أي قول النبي ﷺ (لا تقبل شهادة الولد لوالده ، ولا الوالد لولده ، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا المولى لعبده ، ولا الأجـــير لمن استأجره) قال مخرج الأحاديث هذا غريب لم يثبت عن النبي ﷺ .

ثم قال ، قال وفي الخلاصة رواية الخصاف « رح » بإسناده عن النبي ﷺ قلت ، قال الخصاف « رح » في كتاب أدب القاضي ، حدثنا صالح بن زريق « رح » وكان ثقة ، قال حدثنا مروان بن معاوية الثراري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة « رح » عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قـــال لا يجوز شهادة الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه ولا الأجير لأجيره .

(ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة) أي ولأن منافـــع الأملاك متصلة في قرابة الأولاد (ولهذا) أي ولاتصال المنافع فيهم (لا يجوز صرف [1] الزكاة اليهم) فلو جاز شهادة الوالد لولده أو على العكس كان ذلك شهادة لنفسه من وجه ، فـلم يجز وهو معنى قوله (فتكون شهادة لنفسه من وجه ، أو تتمكن فيه التهمة) وهو ظاهر .

(قال) أي المصنف رحمه الله (والمراد بالأجير) أي المذكور في الحـديث المذكور (على ما قالوا) أي المشايخ « رح » (التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ، ونفعه نفع نفسه) أي بعد نفع اسناده نفع نفسه ، وفي الخلاصة ولا يجوز شهادة الاجير

---

(١) أداء – هامش .

وهو معنى قوله عليه السلام ، لا شهادة للقانع بأهل البيت لهم ، وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة ، فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة ، فيصير كالمستأجر عليها ولا يقبل شهادة أحد الزوجين للآخر . وقال الشافعي « رح »

لأستاذه ، أراد به التلميذ الخاص ، والتلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله ، وليس له أجرة معلومة ، وأما الأجير المشترك إذا شهد للمستأجر تقبل ، وأما الأجير الواحد وهو الذي استأجره مياومة أو مشاهرة أو مسانهة بأجرة معلومة لا تقبل . وقال أبو العباس الناطقي « رح » في الاجناس يقبل شهادة الأجير ، ثم قال أبو العباس « رح » هذا محمول على الأجير المشترك ، لأنه قد ذكر في نوادر ابن رستم « رح » قال محمد « رح » لا أجيز شهادة الأجير مشاهرة وإن كان أجير مشترك قبلت شهادته (وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت) أي التلميذ الخاص، وهو المراد من القانع المذكور في الحديث والحديث اخرجه أبو داود « رح » في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب « رض » عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رد شهادة الخائن والخائنة وذى الغمر على اخيه ، ورد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم .

وقال أبو داود « رح » والغمر الشيخنا وأخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها وقال حديث غريب والغمر العداوة ، وقال ابو عبيد« رح» في كتاب غريب الحديث الغمر العداوة ، وقال الجوهري « رح » الغمر الحقد والغل وهو بكسر الغين المعجمة وسكون الميم وفي آخره راء مهملة ، والقانع التابع لأهل البيت كالخادم .

(لهم) وفي المغرب المتعلم الذي يأهل في بيت استاذه يكون في معنى القانع المذكور في الحديث (وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر) أي يستحق الأجرة (بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها) أي على الشهادة لأن شهادته عمل من أعماله ، وجميع اعماله للمستأجر في مدة الإجارة .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ،وقال الشافعي

تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة ، ولهـــذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ، ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمناً ، كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس ، ولنا ما رويناه ، ولأن الانتفاع متصل عادة ، وهو المقصود

رحمه الله تقبل) وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي رحمهم الله لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقاً في ماله لو حدث بعشقها فيه ، وتقبل شهادة الزوج لهـــا لعدم التهمة (لأن الأملاك بينهما) أي بين الزوجين (متميزة) بحيث لا يتصرف احدهما في مـــال الآخر (والأيدى متحيزة) أي مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الغير غير متقدمة اليه ، إذ الزوجية قد تكون سبباً للتأخر والعداوة ، وقد تكون سبباً للميل والإيثار (ولهـذا) أي ولأجل تميز الأملاك بينهما وتحيز الأيدي (يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما) أي بين الزوجين يعني يقتص من احدهما للآخر ، ويحبس أحدهما بدين الآخر ، وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم (ولا معتبر بما فيه من النفع) أي لا معتبر بما في قبول شهادة احدهما لصاحبه من النفـــع الحاصل منه للشاهد، لأن كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه معين لا يتهم الشاهد بهذا العذر من النفـع (لثبوته ضمناً) أي لثبوت هذا النفع من حيث الضمن في الشهادة وليس بقصدي فلا يعتبر .

(كما في الغريم) وهو رب الدين (إذا شهد لمديونه المفلس) حيث تقبل شهادته ، وإن كان له فيه نفع ، لأن النفع حصل ضمناً لا قصداً (ولنا ما رويناه) أراد به الحديث الذي ذكره الآن، لأن فيه ، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته (لأن الانتفاع متصل عادة) بينهما عرفاً ولهذا لو وطء جارية امرأته وقال ظننت أنها تحـــل لي لا يحد (وهو) أي الانتفاع هو (المقصود) من الزوجية حتى يعد الزوج غنياً بمالها قيل في تأويله قوله تعـالى ﴿ ووجدك عائلا فاغنى ﴾ ٨ الضحى ، فأغناك بمال خديجة رضي الله عنها ، وهـذا لأن الاتحاد بينهما أكثر ما يكون بين الوالد والولد في العادة والشريعة فإنهما بالزوجية يصيران كشخص واحد في إقامة الأسباب المعنية ، فإن الإنسان قد يعادي والديه لرضى زوجته

فيصير شاهداً لنفسه من وجه أو يصير متهماً بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية له على المشهود بـــه ، ولا شهادة المولى لعبده ، لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين ، لأن الحال موقوف مراعي ولا لمكاتبه لما قلنا ،

ولهذا يستحق أحدهما الميراث من الآخر بغير حجب وإذا كان كذلك (فيصير شاهـــداً لنفسه من وجه ويصير متهماً) في شهادته تجر النفع إلى نفسه وشهادة المتهم مردودة .

(بخلاف شهادة الغريم) جواب عما ذكره الشافعي « رح » وذلك (لأنه) أي لأن الغريم (لا ولاية له على المشهود به) إذ هو مال المديون ولا تعرف له عليه ، فلم يكن متهماً فجازت شهادته لا يقال الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذوه ، لأن الظفر أمر موهوم وحق الأخذ بناء عليه ، ولا كذلك الزوجان ، فإن قلت إن فاطمة رضى الله عنها ادعت فدك بين يدي أبي بكر رضي الله عنه فجوز ذلك حيث شهد لها فاطمة رضي الله عنها جوزت ذلك أيضاً ، حيث استشهدت علياً رضى الله عنه ،ولم ينقل من غيرهم خلاف ذلك ،فكان إجماعاً ، والإجماع مقدم على القياس وخبر الواحد ، قلت الصحيح من الرواية أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه رد دعواها ، فإنها ادعت فدك ميراثاً من النبي ﷺ ، فرد دعواهـــا وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا شهادة المولى لعبده) أي ولا تقبـــل شهادة المولى لعبده (لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين) لأن العبد ومـــا في يده لمولاه (أو من وجه) أي أو شهادة لنفسه من وجه (إذا كان[1] عليه) أي على العبد (دين لأن الحال) أي حال العبد (موقوف مراعى) بين أن يصير العبد مقوماً بسبب بيعهم في دينهم ، وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه (قال) أي القدوري « رح »(ولا لمكاتبه) أي ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه (كما ذكرنا [2]) من قوله شهادة لنفسه من

---

(١) ان كان ـــ هامش .

(٢) لما قلنا ـــ هامش

ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة ، وتقبل شهادة الرجـــل لأخيه وعمه لانعدام التهمة ، لأن الأملاك ومنافعهما متباينة ، ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض .

وجه أو من كل وجه ، وفي بعض النسخ لما قلنا ، وكذا لا يجوز شهادته لمدبره وأم ولده وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » (ولا شهادة الشريك لشريكه) أي ولا تقبل شهادة أحد الشريكين للآخر (فيما هو من شركتهما) أي من الذي هو مشترك بينهما (لأنه شهادة لنفسه من وجه) لأن كل ما يحصل للمشهود له الشاهد فيه نصيب وهو معنى قوله (لاشتراكهما) أي في الذي يحصل بسبب تلك الشهادة .

(وإن[1] شهد) أي الشريك (بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة) لأنه شهادة عدل لغيره . وفي الشامل ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض وإن كان عدلاً فيما خلا الحدود والقصاص وغير المفاوض أيضاً في تجارته .

(قال) أي القدوري « رح » (وتقبل شهادة الأخ[2] لأخيه وعمه) ولا خلاف فيه إلا أن مالكاً شرط أن لا يكون في عياله . قال بعض أصحابه يجوز بشرط أن لا يكون مبرزاً له ، وقيل بشرط إن لم ينله صلته ، وقال أشهب « رح » يجوز في اليسير دون الكثير إلا أن يكون مبرزاً له فيجوز في الكثير . وقيل يقبل إلا فيما تتضح فيه التهمة مثل أن يشهد له بما يكتسب به الشاهد شرفاً وجاهاً ، أو يدفع به معرة أو يقضي الطباع والعصبية فيه العصب والحمية كشهادته بأن فلاناً قتله أو جرحه ، كذا في جواهرهم (لانعدام التهمة) يعني في الشهادة لأخيه وعمه (لأن الأملاك ومنافعها متباينة) بينهم (ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض) وهذا ظاهر ، ولأن العداوة والتحاسد بـــين الأخوة ظاهرة ، فتنتفي التهمة المانعة في الشهادة .

---

(1) ولو ـــ هامش .

(2) الرجل ـــ هامش .

قال ولا تقبل شهادة مخنث ، ومراده المخنث في الرديء من الأفعال، لأنه فاسق . فأما الذي في كلامه لين ، وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ، ولا نائحة

ألا ترى أن العداوة بين الإخوة أول ما ظهرت في قصة قابيل وهابيل ، وكذلك في قصة يوسف عليه السلام وإخوته. وفي الشامل وقبل لولد الرضاع ولأم المرأة. وفي الخلاصة وتقبل لأم امرأته وابنتها ، ولزوج ابنته ، ولامرأة إبنه، ولامرأة أبيه، ولأخت امرأته. ومن السلف من قال لا تقبل شهادة الأخ لاخيه ، ذكره شمس الائمة السرخسي « رح » في شرح أدب القاضي .

(قال) أي قال القدوري « رح » (ولا تقبل شهادة مخنث) قال المصنف رحمه الله (ومراده) أي مراد القدورى رحمه الله (المخنث في الرديء من الافعال) أي أفعال النساء من التزين بزيهن والتشبه بهن في الفعل والقول ، فالفعل مثل كونه محلا للواطة ، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبهاً بالنساء ، واليه أشار العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله . وفي الذخيرة التخنيث لا فاسق في فعله ، فلا تقبل إلى معصية قال ﷺ لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء وقال المصنف « رح » (لانه) أي لان المخنث (فاسق) في فعله فلا تقبل شهادة الفاسق .

(فأما الذي) أي فأما المخنث الذي (في كلامه لين) مثل كلام النساء (وفي أعضائه تكسر) خلقة (فهو مقبول الشهادة) ألا ترى أن هنا المخنث كان يدخل بيوت أزواج النبي ﷺ حتى سمع منه النبي ﷺ كلمة شنيعة فأمر بإخراجه .

(قال) أي القدوري «رح» (ولا نائحة) أي ولا تقبل شهادة نائحة، لان النوح لما كان منهياً عنه وقد باشرته النائحة لم تؤمن من أن تباشر شهادة الزور أيضاً ، فلا تقبل شهادتها . وفي الذخيرة لم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها ، وإنما اراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة . وقال الاترازي « رح » ولنا فيه نظر ، لان النبي ﷺ نهى عن النياحة مطلقاً من غير فصل . قلت يؤيد كلامه أن المصنف « رح » لم يقيد بقوله للناس

ولا مغنية، لأنهما ترتكبان محرماً ، فإنه عليه السلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية . قال ولا مدمن الشرب على اللهو ، لأنه ارتكب محرم دينه ،

(ولا مغنية) التغني للهو ولجمع المال حرام بلا خلاف ، ولا سيا إذا كان من المرأة ، لان رفع الصوت منها حرام ، وأما التغني لدفع ضرر نفسه مباح بلا خلاف ، والتوج كذلك قاله الكاكي رحمه الله (لانها) أي لأن النائحة والمغنية (ترتكبان محرماً) .

(فإن النبي ﷺ نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية) هـذا الحديث أخرجه الترمذي « رح » من حديث جابر بن عبدالله « رض » مطولاً وفيه نهى عن صوتين احمقين صوت عند نغمة لعب ولهو ومزامير شيطان ، وصوت عند مصيبة بخمش وجوه ، وشق جيوب ورنة شيطان . قال الترمذي « رح » حديث وفي ذكر المصنف « رح » النائحة والمغنية وصف بصفة صاحبه والتقدير صوت النائحة ، وصوت المغنية ، وقال الاترازى « رح » وقد روى أصحابنا في كتبهم أن النبي ﷺ نهى عن الصوتين الاحمقين النائحـة والمغنية . قلت ذهل عن إخراج الترمذي « رح »،فلذلك قال وقد روى أصحابنا،وذكر صاحب الاجناس عن أدب القاضي إملاء قال لا تقبـــل شهادة أصحاب المعصية، وقطاع الطريق وأصحاب الفجور بالنساء ، ومن يعمل عمل لوط ، ومن يعقد مع الغناء والنائحة والنائح ، والمغني والمغنية لا تقبل شهادة واحد من هؤلاء إلى هنا لفظه .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه) أي ولا تقبل شهادة مدمن الشرب على اللهو . قال في الصحاح رجـــل مدمن خمر أي مداوم شربها ، وإنما أطلق إدمان الشرب على اللهو ليتناول جميـع الاشربة المحرمـة من الخمر والسكر، ونقيع الزبيب والتمر من غير طبخ والفضيخ والباذق والفضيخ البسر إذا خرج من الماء وغلى واشتد وقذف بالزبد ، وذلك بأن كسر ويدق الباذق وهو المطبوخ أقل من الثلثين وكل ذلك محرم شرب قليلها وكثيرها .

إلا أن منكر حرمة الخمر يكفر ، ومنكر حرمة هذه الاشربة لا يجب الحـــد إلا

بالسكر ، ويشترط الادمان في الخمر وهذه الأشربة لسقوط العدالة ولهذا قال قاضي خان في فتاواه ، إنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس ، فإن من اتهم في شرب الخمر في بيته ، لا تبطل عدالته وان كانت كبيرة ، وإنما تبطل إذا ظهر ذلك أو خرج سكران ليعجز منه الصبيان ، لأن مثله لا يحترز عن الكذب .

وفي الفتاوى الصغرى في مسائل الجرح والتعديل شرب الخمر في السر لا تسقط العدالة لأن محمداً « رح » شرط الإدمان في كتاب الشهادات ، وأما ما سوى هـــذه الأشربة ما يتخذ من الحنطة والشعير والذرة والسكر والفانية والتـين فهي مباحة ، وإن سكر منها سكر منها ولا حد على من هو الصحيح من الرواية . كذا قال صاحب التحفة ، قال لأن هذا من جملة الأطعمة ، ولا عبرة بالسكر ، فإن في بعض البلاد قد يسكر المؤمن الخـــبز ونحوه البنج يسكر ولـــبن الرمكة يسكر ، وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أن المسكر منـــه حرام كما في المثلث ، ولكن إذا سكر منه لا حد عليه بخلاف المثلث . كذا في التحفة .

قلت لا ينبغي أن يفتى في هذا الزمان إلا بالحرمة في الكل ، وبالتقرير البالـغ في غير الخمر لفساد غالب أهل هذا الزمان . ورأيت بخط شيخي العلامة المراد من قوله ولا مدمن الشرب على اللهو شرب غير الخمر ، لأن في الخمر الإدمان ، واللهو ليس بشرط ، بل صار مردود الشهادة بمجرد شرب الخمر لفسقه .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا من يلعب بالطيور) ولا خلاف فيه لأهل العلم . وفي قوله يلعب إشارة إلى أنه لو اتخذ الحمام في بيته ليستأنس بها ، أو لحمل الكتب كما في ديار مصر والشام لا يكون حراماً ولا تسقط عدالته . وفي المبسوط اتخاذ الحمام في البيوت للاستئناس مباح ، وكذا اتخاذ ببرج الحمام . وفي الذخيرة ناقلاً عن شيخ الإسلام « رح » هذا إذا كان لا يطيره ، أما لو كان يأتي بيت حمامات غيره فيفرخ ثم هو يبيع ذلك ويأكل ولا يعرف حمامه من حمام غيره يصير مرتكباً محرماً وآكلا حراماً ، فعلى هـــذا التقدير لا تقبل شهادته وإن لم يقف على عورات النساء لصعوده سطحه (لأنه يورث غفـلة) ولا

ولانه قد يقف على عورات النساء ، بصعود سطحه ليطير طيره ، وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني . قال ولا من يغني للناس ، لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة .

يؤمن على العقل من الزيادة والنقصان ، فلا تقبل شهادته (ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره) والنظر على عورات الاجانب والمحرمات حرام ، فلا يجوز شهادة مرتكب الحرام .

(وفي بعض النسخ) أي وفي بعض نسخ القدوري « رح » (ولا من يلعب بالطنبور) بضم الطاء كذا في دستور اللغة . وقال الجوهري الطنبور فارسي معرب والطنبار لغة (وهو) أي الذي يلعب بالطنبور هو (المغني) قيل يستغنى عن هذا بقوله من يغني للناس لأنه أعم من أن يكون مع آلة لهو أو لا ، أجيب بأن يقال لئن سلمنا هذا ، ولكنه قصد تخصيص الطنبور بالذكر لكونه من أعظم آلات اللهو عند العجم من الترك وغيرهم .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا من يغني الناس) أي ولا تقبل شهادة من يغني الناس (لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة) لا يقال أن فيه تكراراً ، لأن من يغني للناس يكون من الرجال والنساء ، والمغنية في النساء خاصة . وقيل الأصح من الجواب انه إنما ذكر النائحة والمغنية هناك ، مع أن النوح والغناء مشترك بين الرجال والنساء لورود الحديث بذلك اللفظ ، ويفهم منه حكم الرجال تبعاً فأعاد حكم الرجال جرياً على الأصل ، إذ الأصل أن حكم النساء يستفاد من حكم الرجال ، إذ لو اقتصر على الأول لتوهم أن ذلك حكم مخصوص بالنساء ، وقيد بقوله للناس ، لأن التغني للناس مكروه باتفاق المشايخ ، والتغني لإسماع الغير مكروه عند عامة المشايخ « رح » ومن الناس من أباح ذلك في العرس والوليمة كما أبيح ضرب الدف فيها ، وإن كان فيه نوع لهو ، ومنهم من قال إذا تغنى ليستفيد منه نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا بأس به .

وأما التغني لنفسه فقيل لا يكره ، وبه أخذ السرخسي « رح » لما روى عن أنس رضي الله عنه أنه دخل على أبيه البراء بن مالك رضي الله عنه وهو من زهاد الصحابة

رضي الله عنهم وكان يغني ، وقيل جميع ذلك مكروه ، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » ويحمل حديث البراء «رض» على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها ذكر الوعظ والحكمة ,وإنشاد الشعر لا بأس به وإن كان فيه صفة المرأة ، فإن كانت حية يكره ، وإن كانت ميتة لا يكره ، هذا في الذخيرة ، وأما القراءة بالألحان أباحها قوم وحظرها قوم . والمختار إذا كانت الألحان لا يغير الحروف من نظمها مباح ، وإلاغيرمباح ذكره في الحلية بلا خلاف ، وفي التنبيه ولا تقبل شهادة القراد والرقاص والمشعوذ، وقوله على كبيرة هو اللو واللعب ، ونص على نوع فسق ، فلا يمتنع عادة عن المحارم والكذب وسنذكر الخلاف في الكبيرة عن قريب .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا من يأتي باباً من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق) ولا خلاف فيه ، واختلفوا في تفسير الكبيرة ، قيل هي السبع التي ذكرها رسول الله ﷺ ، في الحديث الذي أخرجه البخاري عن أبي هريرة «رض» عن النبي ﷺ قال اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله ﷺ ما هي ، قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات . وروى مسلم « رح » في حديث أنس « رض » عن النبي ﷺ في الكبائر ، قال الشرك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس وقول الزور .

وروي عن عبدالله بن عمرو بن العاص « رض » أن رسول الله ﷺ ، قال إن من الكبائر شتم الرجل والديه ، قالوا يا رسول الله ﷺ ، وهل يشتم الرجل والديه ، قال نعم يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه ، فيسب أمه .

وروي من حديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنهما، قال سألت رسول الله ﷺ أي الذنب أعظم عند الله قال أن تجعل الله نداً وهو خلقك قال ، قلت له ان ذلك لعظيم قال، قلت له ثم أي قال ثم أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك قال ، قلت ثم أي قال ، ثم أن تزني بحليلة جارك .

قال ولا من يدخل الحمام من غير إزار ، لان كشف العورة حرام ، أو يأكل الربا ، أو يقامر بالنرد والشطرنج ، لان كل ذلــك من الكبائر . وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما .

وفي الفتاوى الصغرى ذكر الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» في شرح الشهادات حد الكبيرة ما كان حراماً محضاً يسمى فاحشة في الشرع ، كاللواطة أو لم يسم في الشرع فاحشة ، لكن يشرع عليها عقوبة محصنة بنفس قاطع ، أما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل نفس بغير حق أو بالوعيد بالنار في الآخرة، كأكل مال اليتيم.

وقال بعضهم ما فيه حد فهو كبيرة وقيل ما كان حراماً بالعينة ، وقيل وأصح مانقل عن الحلواني « رح » ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعـــالى والدين فهو كبيرة ، وكذا الإعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جمـــلة الكبائر ، كذا في الذخيرة والمحيط . وقيل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة ، ومـــا استغفر عنه فهو صغيرة والأوجه ما ذكره المتكلمون ، أن كل ذنب فوقه ذنب وتحته ذنب ، فهو بالنسبة إلى مـــا فوقه صغيرة ، وإلى ما تحته كبيرة ، لأن الأشياء الاضافية لا تقرن إلا بالإضافة .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا من يدخل الحمام من غير إزار) أي ولا تقبـــل شهادة من يدخل الحمام بغير إزار يستر عورته (لأن كشف العورة حرام) لقوله عليه السلام لعن الله الناظر والمنظور اليه ، والشهادة كرامة ، فلا يستحقها مـــن يستحق اللعن ولا خلاف فيه (ويأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج) هـــذا عطف على قوله من يدخل الحمام بغير إزار ، وهكذا لفظ القدوري « رح » ، وفي بعض النسخ قـــال ولا من يأكل الربا والمقامر بالنرد والشطرنج (لأن كل ذلك من الكبائر) وقد مر عن قريب في حديث البخاري « رح » أن أكل الربا من الكبائر . وقال صاحب الاجناس ناقـــلا عن الأصل ، ولا تقبل شهادة أكل الربا إذا كان مشهوراً ، لأنه إذا لم يكن مشهوراً ، فطريقة التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم يتحقق على ما يأتي الآن . وأمـــا المقامر بالنرد والشطرنج ، ففيه تفصيل على ما يذكره المصنف « رح » الآن ، (وكذلك) أي لا تقبل شهادة (من تفوته الصلاة للاشتغال بها) أي بالنرد والشطرنج .

فأما مجرد اللعب بالشطرنج ، فلس بفسق مانع من الشهادة ، لأن للاجتهاد فيــه مساغاً ، وشرط في الأصل أن يكون أكل الربا مشهوراً به ، لان الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة ، وكل ذلك ربا . قال ، ومن لا يفعــل الأفعال المستحقرة ، كالبول على الطريق ، والأكل على الطريق ،

(فأما مجرد اللعب بالشطرنج ، فليس بفسق مانع من الشهادة ، لأن الاجتهـاد فيه مساغاً) فإن الشافعي « رح » ومالكاً « رح » فالإباحة مع الكراهة ، وعندنا وأحمـد « رح » لقوله ﷺ من لعب بالنردشير ، فقد عصى الله ورسوله ، رواه أبو داود « رح » قيل هو الشطرنج ، أما النرد فحرام بالإجماع . قال ﷺ من لعب بالنرد فهو ملعون ذكره في الذخيرة ، واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالإجماع إذا كان مدمناً عليـه أو مقامراً وتفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف الكذب والباطل . وفي التنبيه ومن لعب بالشطرنج في الطريق لا تقبل شهادته .

(وشرط في الأصل) أي شرط محمد رحمه الله في المبسوط (أن يكون أكل الربا مشهوراً به) أي بأكل الربا (لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة ، وكل ذلك رباً) أي في معنى الربا ، فعـلم أن عدالته لا تسقط بمجرد أكل الربا إذا لم يكن مشهوراً به مصراً عليه . وعن هذا وقع الفرق بين الربا وأكل مال اليتيم ، فان الإدمان فيه غير شرط .

(قـال) أي القدوري « رح » (ولا من يفعل) أي ولا تقبل شهادة من يفعـل (الأفعال المستحقرة) هكذا وقع في بعض نسخ القدوري المستحقرة . وقـال الاترازي « رح » قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة (كالبول على الطريق والأكل على الطريق) ثم قال هذا لفظ القدوري في مختصره ، يعني لفظ المستحقرة من الاستحقار ، ثم قال وهنا نسخ المستحقرة ، والمستخفة ، والمستخبثة ، وكلها على صيغة اسم المفعول. وري المستخفة بالخـاء المشددة المكسورة ، وهي أصح النسخ من السخيف ، وهو النسبة إلى السخف ، وهو

لأنه تارك للمروءة . وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك ، لا يمتنع عن الكذب فيتهم .

رقة العقل في قولهم ثور سخيف ، اذا كان قليل العزل ، وقيل المستخفة بكسر الخاء ، أي الأفعال المستخفة بصاحبها (لأنه تارك للمروءة) أي الانسانية . قال الجوهري « رح » ولك أن تشدد ، وقال أبو يزيد مر الرجل صار ذا مروءة فهو مريء على فعيل (وإذ كان) أي الرجل (لا يستحيى عن مثل ذلك) أي البول على الطريق والأكل عليه (لا يمتنع عن الكذب فيتهم) فلا تقبل شهادة المتهم .

وكل فعل فيه ترك المروءة يوجب سقوط شهادته بلا خلاف بين الأئمة الأربعة ، حتى لو مشى في السوق أو في مجامع الناس بسراويل واحد لا تقبل شهادته ، وكذا من يمدر رجليه عند الناس ، ويكشف رأسه في موضع لا عادة فيه ، وما أشبة ذلك ، مما تجتنبه أهل المروءات بلا خلاف ، وفي أصحاب الصنائع الدنيئة كالكساح والزبال والكناس والحجام والحائك فيه وجهان . قال بعض العلماء لا تقبل شهادة أهل الصناعات ، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله لكثرة خلفهم في الوعد ، ودناء صنعتهم في المدينة ، وقال عامة العلماء يجوز إذا كانوا عدولاً ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، وأحمد ومالك رحمهما الله وهو الأصح ، لأنه قد تولاها كثير من الصالحين وأهل المروءة .

وفي المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين ، لأنهم يكذبون كثيراً ، فأما من عدل منهم تقبل شهادته ، وبياع الأكفان لا تقبل شهادته ،قال شمس الأئمة هذا إذا ترصد لذلك العمل ، فأما إذا كان يبيع ويشتري الثياب ، ويشترى منه الاكفان ويقبل لعدم تمنيته الموت والطاعون .

وفي الذخيرة لا تقبل شهادة الصكاكين لأنهم يكتبون هذا ما اشترى فلان ، وقبض المبيع والبائع ابن فلان قبض الثمن وضمن الدرك ، ولم يكن شيء من ذلك ، فيكون كذباً محضاً ، ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة . والصحيح أنه يقبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح ، ولا تقبل شهادة القروي والأعرابي البدوي عند بعض العلماء . وعند مالك « رح » لا تقبل شهادة القروي البدوي في غير الدماء ، ذكره في الجواهر .

ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه،بخلاف مايكتمه،
وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية .

وقال عامة العلماء تقبل إذا كان عدلاً عـــالماً بكيفية الشهادة تحملا وأداء . وفي مناقب أبي حنيفة « رح » لا تقبل شهادة البخيل ، وقال مالك « رح » إن أفرط في البخل لاتقبل ولا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف . وقال نصير بن يحيى من شتم أهله ومماليكه كثيراً في كل ساعة لا تقبل شهادته وان كان أحياناً تقبل ، وفي المحيط لا تقبل شهادة القيام للناس والحياة ، وفي جامع شمس الأئمة رحمــه الله لا تقبل شهادة من يجازف في كلامه ، ولا خلاف فيه .

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف)المراد من السلف الصحابة والتابعون «رض» وأبو حنيفة « رح » والسلف جمع سالف ، وهو الدهر الماضي . وفي الشرع اسم لكل من تقلد مذهبه ويقتفى أثره في الدين كأبي حنيفة « رح » واصحابه ، فإنهم سلف واصحابه والتابعون « رض » لأبي حنيفة وأصحابه (لظهور فسقه) والفاسق لا تقبل شهادته .

(بخلاف من يكتمه) أي من يكتم سب السلف ، لأنه إذا اعتقد ذلك ولم يظهره ، وهو عدل في أفعاله ، فإن شهادته تقبل . كذا في شرح الاقطع (وتقبل شهادة أهـــل الاهواء) أي أصحاب البدع كالخارجي والرافضي والجبري،والقدري ، والمشبه،والمعطل وسمى أهل البدع أهل الأهواء،لميلانهم إلى محبوب نفوسهم بلا دليل شرعي أو عقلي،والهوى محبوب النفس من هوى الشيء إذا أحبه.وفي الذخيرة تقبل شهادته إذا كان هوى لايكفر به صاحبه ، ولا يكون شاحناً ، ويكون عدلاً في تعاطيه ، وهو الصحيح ، وأصول أهل الأهواء سته الجبر والقدر والرفض والخروج والشيعة والتعطيل ، وكل واحـــد يصير اثني عشر فرقة ، فتبلغ إلى اثنين وسبعين فرقة (إلا الخطابية) لا تقبل شهادتهم .

وفي شرح الاقطع اسم قوم ينسبون إلى ابن الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى ، وكان يزعم أن علياً رضي الله عنه الإله الأكبر ، وجعفر الصادق الإله الاصغر . وكانوا يعتقدون أن من ادعى منهم شيئاً على غيره يجب ان يشهد له تقية شيعة ، وقيـــل الخطابية قوم من الروافض ينسبون إلى الخطاب المذكور ، قتله عيسى بن موسى المذكور

وقال الشافعي « رح » لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق. ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه إلا تدنيه ، فيمتنع عن الكذب ، وصار كمن يشرب المثلث ، أو يأكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلك ، بخلاف الفسق من حيث التعاطي . أما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض

وصلبه بالكناس وفي المغرب الخطابية من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب حمد بن أبي وهب الاجذع « رض » وقال أبو الحاتم الرازي « رح » إسم أبي الخطاب محمد بن أبي ربيب الأسدي الأجذع ، وكان يقول بإمامة إسماعيل بن جعفر ، فلما مات اسماعيل ، رجعوا إلى القول بإمامة جعفر وغلوا في القول غلواً كبيراً ، وخرج أبو الخطاب في حياة جعفر بالكوفة فحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبدالله بن العباس « رض » وأظهر الدعوة إلى جعفر فتبرأ منه جعفر ولعنه ، وادعى عليه وقتل هو واصحابه كلهم . وأما رواية الأخبار من أهل الاهواء ، اختلف فيه مشايخنا ، والأصح عندي لا تقبل كذا في المبسوط.

(وقال الشافعي « رح » لا تقبل) أي شهادة أهل الاهواء ، وبه قال مالك « رح » وقال أحمد رحمه الله لا تقبل شهادة ثلاثة منهم العذرية والجهمية والرافضية (لأنه أغلظ وجوه الفسق) لأن الفسق من حيث الاعتقاد شر من الفسق من حيث التعاطي (ولنا انه) أي أن ما ذهبوا اليه (فسق من حيث الاعتقاد) لا من حيث التعاطي (وما أوقعه فيه) أي في ذلك الهوى (ألا تدينه ويمتنع عن الكذب) أي لعمقه في الدين بذلك الاعتقاد ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفراً ، فيكون ممتنعاً عن الكذب (فصار) هذا (كمن يشرب المثلث) من الحنفية (أو يأكل متروك التسمية عامداً) من الشافعية حال كونه (مستبيحاً لذلك) أي معتقداً إباحته ، فإنه لا ترد شهادته كذا هذا كذا في المبسوط .

(بخلاف الفسق من حيث التعاطي) أي من حيث المباشرة حيث ترد شهادته (أما الخطابية ، فهم قوم من غلاة الروافض) الغلاة بالضم جمع غالي من غلاني الأمر يغلو

يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم . وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة ، فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم . قال وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، وإن اختلف مللهم . وقال مالك « رح » والشافعي « رح » لا تقبل لانه فاسق . قال الله تعالى ﴿ والكافرون هم الفاسقون ﴾ فيجب التوقف في خبره ، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ، فصار كالمرتد . ولنا أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض،

غلواً ، أي جاوز فيه الحد (يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم) أي يعتقدون جواز الشهادة ، وإذا حلف المدعي بين يديهم أنه محق في دعواه ، ويقولون المسلم لا يحلف كاذباً (وقيل يردون الشهادة لشيعتهم) أي فكل من يذهب إلى منهبهم ويعتقدون كاعتقادهم (واجبة) عليهم (فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم) فترد .

(قال) أي القدوري « رح » (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلف مللهم) أي ملل بالكسر جمع ملة ، وهي الدين والشريعة كاليهودي مع النصراني . وقال ابن أبي ليلى إن اتفقت مللهم تقبل ، وإن اختلفت لا تقبل ، كشهادة اليهود على النصراني وبالعكس .

(وقال مالك والشافعي رحمها الله لا تقبل) شهادة الكافر (لأنه فاسق . قال الله تعالى ﴿ والكافرون هم الفاسقون ﴾ فيجب التوقف في خبره) بالنص (ولهذا) أي ولكونه فاسقاً (لا تقبل شهادته) أي شهادة الكفار (على المسلمين [1] وصار كالمرتد) في عدم قبول شهادتهم ، لأن الشهادة من باب الولاية والكرامة ، والكافر من أهل الإهانة فلا تقبل شهادته كالمرتد والحربي .

(ولنا ما روى أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) هذا حديث

---

(١) المسلم هامش .

ولأنه من أهل الولاية على نفسه وعلى أولاده الصغار، فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع، لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه، والكذب محظور الأديان كلها،

غريب لم يثبت بهذا اللفظ، وإنما روى ابن ماجة «رح» في سننه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبدالله «رض» أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض، وفي مجالد مقال. وقال مخرج الأحاديث هذا، أى الحديث الذي ذكره المصنف غير مطابق للحكمين، ولو قال أهل الكتاب، عوض النصارى لكان موافقاً للحكمين عن اتحاد الملة واختلافها كما أخرجه ابن ماجة «رح»، ثم حكي عن شيخه علاء الدين رحمه الله أنه قال ويوجد بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى، واحتج له مقلداً لغيره بحديث رواه أبو داود «رح» بالإسناد المذكور عن جابر بن عبدالله «رض» قال، جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا، فيقال أئتوني بأعلم رجلين منكم، فأتوه بإبني صوريا فناشدهما كيف تجد أن أمر هذين في التوراة، قالا نجد في التوراة إذا شهد أربعة منهم رأوا ذكره في فرجها، مثل الميل في المكحلة رجما، فقال ما يمنعكما أن ترجموهما، قال ذهب سلطاننا فكرهنا القتل، فدعى رسول الله ﷺ بالشهود، فجاءوا أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة، فأمر رسول الله ﷺ برجمها انتهى.

قال مخرج الأحاديث وجدت في نسخة علاءالدين «رح» بخط يده فدعى باليهود، وهذا تصحيف، وانما هو فدعى بالشهود كشفته في نحو عشرين نسخة، ورواه كذلك إسحاق بن راهويه، وأبو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم، والدارقطني «رح» في سننه وكلهم قالوا فدعى بالشهود.

(ولأنه) أي ولأن الذمي (من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فيكون من أهل الشهادة على جنسه) فتقبل شهادته على جنسه كالمسلم (والفسق من حيث الإعتقاد غير مانع) هذا جواب عن قوله لأنه فسق. وتقريره أن الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الإعتقاد، والثاني ممنوع والأول مسلم اليه بقوله (لأنه يجتنب مايعتقده محرم دينه والكذب محظور الأديان) وفي بعض النسخ محظور الأديان كلها.

بخلاف المرتد ، لانــــه لا ولاية له . وبخلاف شهادة الذمي على المسلم ، لانه لا ولاية له ، بالإضافة إليه ، ولانه يغيظه قهره إياه . وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر ، فلا يحملهم الغيظ على التقول . قال ، ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي ، أراد بــــه والله أعلم المستأمن ،

(بخلاف المرتد) جواب عن قوله وصار كالمرتد (لأنه لا ولاية له) على نفسه ولا على أولاده ، وهي ركن الدليل (بخلاف شهادة الذمي على المسلم) جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم (لأنه) أي لأن الذمي وفي النهاية الضمير في لأنه للشأن ، أي لأن للشأن إذ لا ولاية للذمي على المسلم (لا ولاية له بالإضافة اليــــه) أي إلى المسلم يعني ولايته بالنسبة إلى المسلم معدومة ، وبه احترز عن الإضافة إلى الكافر ، فإن له ولاية على ذمي آخر أو حربي (ولأنه) جواب آخر ، أي ولأن الذمي (يتقول عليه) أي يفتري على المسلم (لأنه) قال الكاكي « رح » أي لأن المسلم وفي النهاية الضمير للشأن أي لأن الشأن هو (يغيظه) أي يغيظ الذمي ، أي يسخطه (قهره إياه) أي قهر المسلم الذمي فإن قهر المسلم إياه يحمل على التقول على المسلم .

(وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر) هذا جواب عن سؤال يرد على أصل المسألة، وهو قوله وتقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم ، بأن يقال المعاداة ظاهرة بين اليهود والنصارى وهم غير مخفين في ذلك قال تعالى ﴿ وقالت اليهود ليست النصارى على شيء ﴾ ١١٣ البقرة ، فينبغي أن يقبل كما هو مذهب ابن أبي ليلى « رح » ، فأجاب عنه بقوله ، وملل الكفر وإن اختلفت ، فــــلا قهر ، يعني وإن اختلفت مللهم لم يغير بعضهم بعضا لأنهم مقهورون تحت أيدي المسلمين ويعطون الجزية ، فلا قهر (فلا يحملهم الغيظ على التقول) أي فلا قهر لتحملهم ذلك على التقول على المسلمين .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا تقبــــل شهادة الحربي على الذمي ، أراد به والله أعلم المستأمن) إنما قيد به لأن الحربي لو دخل بغير استئمان يؤخذ قهراً ويسترق، ويصير

لأنه لا ولاية له عليه ، لان الذمي من أهل دارنا ، وهو أعلى حالاً منه ، ويقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي . وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض ، إذا كانوا من أهل دار واحدة ، وإن كانوا من دارين ، كالروم والترك ، لا تقبل ، لان اختلاف الدارين يقطع الولاية . ولهذا يمنع التوارث . بخلاف الذمي ، لأنه من أهل دارنا ، ولا كذلك المستأمن ،

عبداً ، فلا تقبل شهادة العبد على أحد (لأنه) أي لأن الحربي المستأمن (لا ولاية له عليه) أي على الذمي (لأن الذمي من أهل دارنا) والمستأمن من أهل دار الحرب ، واختلاف الدارين حكماً يقطع الولاية (وهو) أي الذمي (أعلى حالاً منه) أي من المستأمن ، لأن الذمي أقرب إلى الإسلام منه ، ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن (ويقبل شهادة الذمي عليه) أي على المستأمن ، وذلك معلوماً بالنسبة اليه يجعله ولاية عليه (كشهادة المسلم عليه) أي على المستأمن (وعلى الذمي) أي و كشهادة المسلم على الذمي .

(وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة) يعني تقبل شهادة بعضهم على بعض ، بشرط اتحاد دارهم ، لأن للاتحاد تأثيراً في ذلك (فإن كانوا من دارين) مختلفين (كالروم والترك ، لا تقبل) أي شهادة بعضهم على بعض (لأن اختلاف الدارين يقطع الولايه) والعصمة (ولهذا يمنع التوارث) عند اختلاف الدارين .

(بخلاف الذمي) هذا جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت . وتقرير الجواب أن يقال أن الذمي يخالفه (لأنه من أهل دارنا) ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها ، فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه ، لكن تركناه بالنص كما مر ، ولا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذمي عليه (ولا كذلك المستأمن) لأنه ليس من أهل دارنا ، وفيه اشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانا من أهل دارين مختلفين ، قبلت شهادة بعضهم على بعض ، لأنهم من دارنا ، فهي تجمعهم بخلاف المستأمن .

وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجـــل يجتنب الكبائر قبلت شهادته ، وإن ألم بمعصية هـذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة ، إذ لا بد له من توقي الكبائر كلها ، وبعـد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا .

(قال) أي القدوري « رح » (وإن كانت) في بعض النسخ وإن كانت الحسنات (أغلب من السيئات) يعني الصغائر (والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألم بمعصية) أي وإن اذنب بمعصية صغيرة ، وألم مشتق من اللمم ، وهو ما دون الفاحشة ، من صغار الذنوب . وفي التهذيب الديوان ألم أي من اللمم وهو دون الكبيرة من الذنوب .

وفي الذخيرة الحاصل أن ارتكاب الكبيرة يوجب سقوط العدالة ، وارتكاب الصغيرة لا توجب سقوطها ، إلا أن يصير على الصغير يصير كبيرة بالإصرار ، لأن أحداً من الناس لا يخلو عن صغيرة ، ولهذا روي أنه عليه السلام قال ، إن تغفر اللهم فاغفر جماً ، وأي عبد لك ما ألما انتهى . قلت كيف نسب هذا إلى النبي ﷺ . وقـــد ذكر القتبي في غريب الحديث من حديث عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال حدثني عبد الرحمن عن عمه عن يعقوب بن مسلم عن أبيه أبي طرفة الهذلي « رح » أنه قـال مر أبو خراش بين الصفا والمروة وهو يقول :

لا حم هذا خامس إن تما أتمه الله وقـد أتما
إن تغفر اللهم فاغفر جما وأي عبد لك ما ألمـا

وكذلك نسب البيت في تهذيب الديوان إلى أبي خراش ، ولكن قال أبو سليمان الخطابي في شرح صحيح البخاري في كتاب الصوم أنه قول أبيه .

(هذا هو الصحيح) أي المذكور من كون الحسنات أكثر من السيئات . والرجـل ممن يجتنب الكبائر هو الصحيح (في حد العدالة المعتبرة) في الشرع (إذ لا بد له من توقي الكبائر كلها) وقد مر بيان الكبيرة مع الاختلاف فيها (وبعد ذلك) أي بعد التوقي عن الكبائر كلها (يعتبر الغالب) يعني في حق الصغائر . فإن كان غالب أحواله الإتيان بما هو مأذون به شرعاً وإن لم يخلو عن الصغيرة كان جائز الشهادة (كما ذكرنا) أراد به

فأما الإلمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا يرد بـه الشهادة المشروعة ، لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه ، وهو مفتوح إحيـــاء للحقوق .

قوله ، وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات ... إلى آخره .

(فأما الإلمام بمعصية) من الصغائر (لا ينقدح به العدالة المشروطة) في الشرع (فلا يرد به الشهادة المشروعة ، لأن في اعتبار اجتنابه الكل) أي الصغائر كلها أو جميـــع الذنوب كلها (سد بابه) أي باب الشهادة والتذكير باعتبار المذكور ، لأن أحداً لا يمكنه الاجتناب عن جميع الذنوب الكبائر والصغائر إلا الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم ، فلواشترط الاجتناب عن جميـــع ذلك في العـــدالة انسد باب الشهادة (وهو) أي باب الشهادة (مفتوح إحياء) أي لأجل الإحياء (للحقوق) أي لحقوق الناس .

فروع . في أدب القاضي ، وإذا ترك الرجل الصلاة في الجماعة استخفافاً أو مخـــافة لم تقبل شهادته . قال أبو بكر الرازي « رح » لم يرد بالاستخفاف الاستهزاء ، لأن الاستهزاء من الشرائـــع كفر . وفي الفتاوى الصغرى تفويت الجماعة كما يفعله العوام ، وكذا ترك الجمعة من غير عذر تسقط العدالة . وذكر الخصاف « رح » في موضعين ، فذكر في احدهما للترك ثلاثاً وهو الذي اختاره شمس الأئمة السرخسي ، ولم يذكر في الموضع الثاني تكرار الترك . قال من ترك الجمعة رغبة عنها على غير تأويل ، فشهادته غير جائزة ، وهو الذي اختاره شمس الأئمة الحلواني ، وأما إذا تركها لمرض ، أو لبعد المصر أو يتأول بأن كان الإمام لفسق لا تسقط عدالته .

وقال الكاكي « رح » التأويل أن يكون الإمام ظالماً ، أو يؤخر الأداء ، وهو يعتقد في أول الوقت . قال الاسبيجابي « رح » من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر ومن خرج للنظر عند قدوم الأمير ، لا تقبل شهادته . وعن شداد أنه رد شهادته شيخ صالح لمحاسبة ابنه في النفقة في طريق مكة . وقال الخصاف « رح » ركوب البحر للتجارة والتفرج مسقط للشهادة ، وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقرى فارس وأشباهه ، لأنه

قال ، وتقبل شهادة الأقلف لانه لا يخل بالعدالة ، إلا إذا تركه استحقاقاً بالدين ، لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً .

خاطر بدينه ونفسه ليتناول مالاً فلا بد من أن يكذب ويأخذ المال ، وقوى فارس يطعمونه الربا .

وقيل من سمع الأذان وانتظر الإقامة سقطت عدالته ومن أخذسوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقها شهوداً فلو شهدوا حل لهم اللعن لأنه شهادةعلى الباطل ، وكذا لوشهدوا على إقراره ، وهكذا لو شهدوا في كل اقرار بناء على باطل والفاسق تقبل شهادته بعد ستة أشهر وقيل بعد سنه . قال الفضلى « رح » عن أبي يوسف « رح » أنه قال اتركيه بعد ستة أشهر ثم رجع وقال بعد سنة .

وقال محمد « رح » لا يسعه ما لم يتحنه في المعقود، وترك الأمانة وقيل لا يكفيهذلك ما لم يتحنه في كل الأمانات مراراً ، ولو عرف عدالته ثم انقطع عنه إن لم يتطاول الوقت وسعه أن يزكيه بتلك المعرفة ، وإلا فلا ، ومدة التطاول قبل ستة أشهر ، وقيل سنة وقيل من وقت التزكية فهو محظى وهذا على ما يقع القلب فربما يعرف أحد في شهر والآخر لا يعرف سنة .

(قال) أي القدوري « رح »(وتقبل شهادة الاقلف) وهو الذي لم يختتن(لأنه)أي لأن ترك الختان (لا يخل بالعدالة) لأن الختان سنه عند علمائنا « رح » وترك السنة لا يخل بالعدالة . وبه قال مالك « رح » ، وقال الشافعي « رح » في ظاهر مذهبه وأحمد « رح » أنه واجب (إلا إذا تركه) أي الختان (استحقاقاً بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً) .

وأما إذا تركه بعذر ، لا تسقط عدالته ، والعذر في ذلك الكبر وخوف الهلاك وأبو حنيفة « رح » لم يقدر للختان وقتاً معيناً ، إذ المقادير بالشرع . ولم يرد في ذلك نص والإجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر ، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع إن احتمل الصبي ذلك ولم يهلك ، لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع ، ولكنه شاذ كذا ذكره في الذخيرة . وعن بعض

قال والخصي ، فإن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ، ولأنه قطع عضو منه ظلماً ، فصار كما إذا قطعت يده . قال وولد الزنا ، لان فسق الأبوين

أصحاب الشافعي « رح » لا حتى يصير ابن عشر سنين ، لأنه حينئذ أمر بالضرب على ترك الصلاة . وقال أصحابه ختانه يجب عليه بعد بلوغه ، ويستحب في اليوم السابع . وقال أبو بكر الرازي « رح » ، فإن كان لا يخاف فتركه تهادناً بالسنة ، فإنه يصير فاسقاً ، ولا تقبل شهادته . وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لا تقبل شهادة الأقلف ، ولاتقبل له صلاة ، ولا تؤكل ذبيحته وهو كذا في فتاوى الولواجي .وقال الشيخ أبو نصر البغدادي « رح » وإنما أراد به المجوس .

(قال) أي القدوري « رح » (وتقبل شهادة الخصي) على وزن فعيل ، وهومنزوع الخصيتين ، يقال خصاه ، أي نزع خصيتيه ، والخصى الجمع على خصيان (لأن[1] عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى) على قدامة بن مظعون ، ورواه ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه . حدثنا ابن علية عن ابن عون عن ابن سيرين أن عمر رضي الله عنه أجاز شهادة علقمة الخصى علي بن مظعون ، انتهى . وقدامة بن مظعون بن حبيب القرشي الجمحي من الصحابة شهد بدراً وسائر المشاهد استعمله عمر بن الخطاب رضي الله عنه على البحرين ثم عزله وهو خال عبدالله وحفصة ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه مات سنة ست وثلاثين ، وهو ابن ثمان وستين ، وقصته طويلة ، ملخصها أن الجادود سيد عبدالقيس بن البحرين شهر على قدامة أنه يشرب الخمر ، قال عمر رضي الله عنه هل معك شاهد آخر ، قال علقمة الخصي إني أشهد أني قد رأيته يعبها ، ثم أن عمر رضي الله عنه جلد قدامة الحد .

(ولأنه) أي ولأن الخصي (قطع عضو منه ظلماً ، فصار كما إذا قطعت يده) فإن قطع سائر الأعضاء لا تسقط العدالة ، فكذ هذا .

(قال) أي القدوري (وولد الزنا) أي تقبل شهادة ولد الزنا (لأن فسق الأبوين

---

(١) فإن — هامش .

لا يوجب فسق الولد ككفرهما ، وهو مسلم . وقال مالك « رح » لا تقبل في الزنا ، لانه يجب أن يكون غيره كمثله ، فيتهم . قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه ، والكلام في العدل. قال وشهادة الخنثى جائزة ، لانه رجل أو امرأة ، وشهادة الجنسين مقبولة بالنص . قال وشهادة العمال جائزة ، والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ « رح » ، لان نفس العمل ليس

لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم) أي ككفر أبويه ، فلا يؤاخذ بكفرهما . قال عز وجل ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ ١٦٤ الانعام (وقال مالك « رح » لا تقبل) أي شهادة ولد الزنا (في الزنا) أي في الشهادة على الزنا (لأنه يجب أن يكون غيره كمثله) والكاف زائدة ، كما في قوله ﴿ ليس كمثله ﴾ (فيتهم) فلا تقبل (قلنا العدل لا يختار ذلك) أي لا يختار أن يكون غيره مثله (ولا يستحبه ، والكلام في العدل) يعني الكلام في قبول شهادة ولد الزنا إذا كان عدلاً ، لأن فسق أبويه لا يضره كما ذكرناه .

(قال) أي القدوري « رح » (وشهادة الخنثى جائزة) والخنثي هو الذي له آلة الرجل وآلة المرأة (لأنه) أي لأن الخنثى (رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص) قال الله عز وجل ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ ٢٨٢ البقرة ، ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط ، وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء ، لاحتمال أن يكون امرأته .

(قال) أي القدوري (وشهادة العمال) بضم العين وتشديد الميم جمعه عامل (جائزة) هو من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أنه كان يجيز شهادة العمال . قال المصنف (والمراد عمال السلطان) يعني الذين كانوا أعوان السلطان في ذلك العصر ، لأن الصلاح كان غالباً عليهم ، وهذا (عند عامة المشايخ « رح ») لأنهم كانوا يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم (لأن نفس العمل ليس

بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم . وقيل العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف « رح » في الفاسق ، لانـــه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة . قال وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان ، والوصي يدعي ذلـــك فهو جائز استحساناً ، وإن أنكر الوصي لم يجز ، وفي القياس لا يجوز وإن ادعى ،

بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم) كما في زماننا ، فلا تقبل شهادتهم ، لأن الظلم غالب فيهم ، وانظر إلى عمال سلطان مصر هل ترى أظلم منهم ، ومع ظلمهم اكثرهم فسقة .

(وقيل العامل إذا كان وجيهاً) أي ذا وجاهه وشرف (في الناس ذا مروءة) أي إنسانية (لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف «رح») في اوائل كتاب الشهادات (في شهادة الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ، ولهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة) لأنه يأنف عن ذلك حفاظاً على حرمته. وقال قاضي خان « رح »وقيل أراد العمال الذين يعملون بأيديهم ويؤاجروا أنفسهم، لأن من الناس من لاتقبل شهادة أهل الصناعات الخسيسة ، وإنما أورد هذا رداً لهـذا القول ، لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث افضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده ، فلا يوجب ذلك جرحاً . وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الريس والخاني في السكة الذي يأخذ الدراهم والضراب الذي يجمع عنده الدراهم يأخذها طوعاً لا تقبل .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي ذلك) أي الوصاية (فهو جائز استحساناً وإن انكر الوصي) أي الوصاية(لم يجز) أي شهادتهما (وفي القياس لا يجوز وإن ادعى) أي الوصاية ، وهنـــا خمس مسائل ، أحدها ما ذكره بقوله وإذا شهد الرجلان إلى آخره .

وعلى هــــذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو لميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنـه أوصى إلى هذا الرجل معهما . وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليــــه . وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب اوصي إذا كان طالباً ، والموت معروفاً

وأشار إلى الاربعة الاخرى بقوله (وعلى هذا) أي على ما ذكرهن الجواز عند دعوى الوصي بذلك ، وعدمه عند عـدم دعواه بذلك . الاولى من الاربعة هو قوله (إذا شهد الموصى لهما بذلك) أي بأن أباهما أوصى إلى فلان ، توضيحه أن الموصى لهما بشيء من المال شهد أن الميت اوصى إلى زيد مثلا يكون وصياً على اولاده وأمواله .

الثانية : هو قوله (أو غريمان لهما على الميت دين) أي أو شهد الغريمان لهما على الميت دين ، والضمير في لهما يرجع إلى الغريمين.

الثالثة : هو قوله (أو للميت عليهما دين) أي أو شهد الغريمان للميت عليهما ، أي على الغريمين دين . وقوله دين يشمل هذا أو المسألة التي قبلها أيضاً .

الرابعة : هو قوله (أو شهد الوصيان أنه) أي أن الميت (أوصى إلى هــذا الرجل معهما) أي مع الوصيين ، ويشهد كل فريق أن الميت اوصى إلى هــــذا وهو يدع ذلك جازت الشهادة ، ولا يجوز قياسا . ولو انكر الوصي ذلك لم يجز ذلك قياساً واستحساناً.

(وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه) وهذا لأن الوارثين قصدا بهـذه الشهادة نصب من يتصرف لها ، ويقوم بإحياء حقوقهما ، والغريمين قصدا من يستوفيان منه حقهما ويبرآن بالدفع اليه ، والوصيين قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والوصي لهما قصد نصيب من يدفع اليهما حقوقهما ، فكان الكل يجران إلى أنفسهما نفعـاً بشهادتهما فترد ، وبه قالت الأئمــــة الثلاثة « رح » ، لأن شهادة الجار لنفسه نفعـــاً لا يقبل بالإجماع .

(ووجه الاستحسان أن القاضي ولاية نصب الوصي إذا كان) أي الوصي (طالباً ، والموت معروفاً) يعني ظاهر ، لان القاضي لا يثبت له بهــذه الشهادة ولاية لم تكن

فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء ، فصار كالقرعة ، والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالث يملك القاضي نصف ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما ، بخلاف ما إذا أنكر ولم يعرف الموت ، لأنه ليس له ولاية نصب الوصي ، فتكون الشهادة هي الموجبة ، وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة ، وإن لم يكن الموت معروفاً لأنهما يقران

(فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين) لان القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي انه هل يصلح للوصاية لامانته وديانته وهدايته ، وهما بهذه الشهادة زكياه . وأخبر القاضي أنه أهل لذلك ، فكفيت عنه مؤنة التعيين ، أي تعيين الوصي (لا أن يثبت بها شيء) أي بهذه الشهادة شيء يعني من ولاية لم تكن (فصار) هذا (كالقرعة) في أنها ليست بحجة هي دافعة مؤنة تعيين القاضي لدفع التهمة ، واراد به القرعة التي بعد القسمة لتمييز الانصباء ، وأنها ليست بحجة ، ومع هذا يجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي ، فصلحت دافعة لا موجبة ، فكذا هذه الشهادة تدفع عن القاضي مؤنة التعيين إلا أن يثبت شيئاً لم يكن ، فافهم .

(والوصيان إذا أقرا) هذا جواب عما يقال ليس للقاضي نصب وصي ثالث ، فكانت الشهادة موجبة عليه لم يكن له ، وتقرير الجواب أن الوصيين إذا أقرا ، يعني إذا اعترفا (أن معهما ثالثاً) أي وصياً ثالثاً واعترافهما بذلك لاجل عجزهما ، فحينئذ (يملك القاضي نصب ثالث) أي وصي الثالث (معهما) أي مع الوصيين (لعجزهما عن التصرف بأعترافهما) أي عن التصرف بعدم استقلالهما به .

(بخلاف ما إذا أنكر) أي الوصي (أو لم يعرف الموت) لا تقبل الشهادة (لانه) أي لان القاضي (ليس له ولاية نصب الوصي) بغير رضاه أو برضاه ، والموت ليس بمعروف (فتكون الشهادة هي الموجبة) أي كثبوت الوصاية ، فلا تقبل بسبب التهمة (وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة ، وإن لم يكن الموت معروفاً ، لأنهما يقران

على أنفسهما ، فيثبت الموت باعترافهما في حقهمـــــا ، وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة ، فادعى الوكيل أو أنكر لم تقبل شهادتهما ، لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب ، فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما ، وهي غير موجبة لمكان التهمة. قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك ، لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم ، لأن له الرفع بالتوبة ، فلا يتحقق الإلزام ،

على أنفسهما) بحق قبض الدين ، فانتفت التهمة ، لإن ضررهما في ذلك اكـــثر من نفعهما فكانت الشهادة على انفسهما ، وشهادة الإنسان على نفسه مقبولة ، وهي الإقرار (فيثبت الموت باعترافهما في حقهما) أي يثبت موت رب الدين باقرارهما في حق الدين .

(وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل) أي الوكالة (أو أنكر) أي الوكالة (لم تقبل شهادتهما ، لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت) أي التوكيل (إنما يثبت بشهادتهما وهي) أي هذه الشهادة (غير موجبة) للثبوت (لمكان التهمة) لأنهما يشهدان لأبيهما .

(قال) أي القدوري (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد) أي جرح مجرد يتضمن لتعيق [1] الشهود من غير أن يضمن إيجـــاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد، نحو أن يشهد أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة ربا ، أو شربة خمر، أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور ، أو إقرارهم أنهم أجرتي إذا هذه الشهادة، أو على إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى ، أو على إقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل شهادتهم (ولا يحكم) أي القاضي (بذلك) أي بالجرح المجرد (لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له) أي للمقضى عليه (الرفع بالتوبة) أي دفع

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الاصل .

ولأن فيه هتك الستر ، والستر واجب ، والإشاعة حرام ، وإنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق ، وذلك فيما يدخل تحت الحكم إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك، لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم .

قال ، ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود ، لم تقبل ، لأنه شهادة على جرح مجرد

الحكم والإلزام بإظهار التوبة ، وسماع الشهادة ، انما هو بالحكم والإلزام (فلا يتحقق الإلزام) لذلك .

وقال الكاكي « رح » قيل قوله ولا يحكم بذلك تكراره ، لأن بقوله لا تسمع الشهادة على جرح يفهم . أجيب بأنه ممكن أن لا يسمع ويحكم بعلمه في صورة ، فجاز الانفكاك بينهما في الجملة أورده لنفي الاحتمال في هذه الصورة .

(ولأن فيه) أي في الجرح المجرد (هتك الستر والستر واجب) وهو إظهار الفاحشة (والإشاعة حرام ، وإنما رخص ضرورة إحياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم) بالنص هو قوله تعالى ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة ... الآية ﴾ ١٩ النور ، وفي بعض النسخ واجب دون الإشاعة وإنها حرام ، فيكون المشاهد فاسقاً بهتك واجب الستر، وتعاطي إظهار الحرام ، فلا يسمعها الحاكم (إلا إذا شهدوا) استثناء من قوله لأن الفسق وهو منقطع لكن إلا إذا شهد شهود المدعى عليه (على إقرار المدعي بذلك) أي بالجرح بأنه إقران شهودي فسقة فإنها تقبل (لأن الإقرار فيما يدخل تحت الحكم) أي ما لم تظهره الفاحشة ، وإنما حكوها عن غيرهم ، وهو المدعي والحاكي لإظهارها ليس كمظهرها ، وفي بعض النسخ ، ولو شهدوا على إقرار المدعي بذلك وتقبل .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ولو قام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود ، لم تقبل ، لأنه شهادة على جرح مجرد) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في رجل أقام البينة أن هذا استأجر الشهود ، قال لا أقبل البينة على استئجار الشهود ، انتهى .

والاستئجار وإن كان أمراً زائداً عليه ، فلا خصم في إثباته ، لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطـــاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبل ، لأنه خصم في ذلك ، ثم يثبت الجرح بناء عليه . وكذا إذا أقامها على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ، ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل ،

وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير ، وفي قول ابن أبي ليلى « رح » تقبل ، لأنه أثبت أنهم فسقة وشهادة الفسقة لا تقبل . ثم قال الفقيه ، وهذا القول أحسن وذكر فخر الإسلام « رح » وغـــيره في شرح الجامع الصغير ، ذكر الخصاف « رح » في الجرح المجرد انه مقبول ، وقال الناطقي « رح » في تهذيب أدب القاضي ، وظاهر الرواية عن أصحابنا أنه لا تقبل الشهادة على الجرح المجرد .

(والاستئجار وإن كان أمراً زائداً عليه) هـــذا جواب عما يقال أن قول المدعي استأجرهم ليس بجرح مجرد بل فيه إثبات أمر زائد وهو الاستئجار ، وهو حق المدعي ، فيثبت الجرح في ضمنه ، وأجاب بأن الاستئجار ، وإن كان أمراً زائداً عليه ، أي على الجرح المجرد (فلا خصم في اثباته لأن المدعى عليـه في ذلك أجنبي عنه) إذ لا تعلق له بالاجرة ، فبقي جرحاً مجرداً (حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة ، واعطاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبـل ، لانه خصم في ذلك) أي لان المدعي خصم للمدعى عليه فيما يدعيه (ثم يثبت الجرح بناء عليه) لان الجرح تحت الحـكم ، ويثبت بناء عليه لانه جرح مركب فافهم .

(وكذا) وكذا يقبل (لو [1] أقامها) أي لو أقام المدعى عليـــه البينة (على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ، ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل

---

(١) إذا – هامش .

وقد شهدوا ، وطالبهم برد ذلك المال ، ولهذا قلنا أنه لو أقام البينة أن الشاهد عبـــد أو محدود في قذف ، أو شارب خمر ، أو قاذف أو شريك المدعي تقبل . قال ، ومن شهـــد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي ، فإن كان عـدلاً ، جازت شهادته . ومعنى قوله أوهمت ، أي أخطـــأت بنسيان ما كان بحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة . ووجهه أن الشاهد قـد يبتلى بمثله لمهابـة مجلس القضاء ،

وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال) لما ذكرنا أنه خصمهم في ذلك فتقبل بينته (ولهـذا قلنا) ولما قلنا أنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد ، أو من حقوق الشرع كذا قاله الكاكي « رح » ، وقال الاكمل « رح » كذا قيل ، وليس له ذكر المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد ، قلنا كذا وهو بعيد ، فكان المناسب أن يقول، ولذلك وهو أسهل . والمعنى إذا قام المدعى عليه البينة وهو معنى قوله (أنه) أي أن المدعى عليه (أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف.أو شارب خمر أو قاذف،أو شريك المدعي تقبل) أي البينة لما كان الحاجة إلى إحياء هذه الحقوق ، وفيما قال أنه محدود في قذف ليس إشاعة الفاحشة ، لان الإظهار حصل بقضاء القاضي ، وإنما حكوا عن إظهار الفاحشة عن الغير .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن شهد ولم يبرح) أي لم يزل في مكانه (حتى قال أوهمت بعض شهادتي ، فإن كان عـــدلاً) أي عدالته إن كانت ظاهرة عند القاضي (جازت شهادته) وإن لم يكن يسأل عنه ، فقيل أنه عدل ، جازت شهادته . كذا في الجامع البرهاني . وقال المصنف « رح » ناقلا عن فخر الإسلام « رح » (ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان بحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطـلة) قوله كانت باطلة جملة فعلية وقعت صفة لقوله بزيادة (ووجهه) أي وجه جواز شهادته (أن الشاهد قد يبتلى بمثله) أي بمثل ما ذكر من قوله أوهمت (لمهابة مجلس القضاء) لان مهابة مجلس

فكان العذر واضحاً ، فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل . بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عـــاد وقال ، أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ، ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد،ولا كذلك إذا اختلف ، وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب ،

القضاء يوقع عليه الغلط بالزيادة أو النقصان (فكان العـــذر واضحاً) فإن كان كذلك (فتقبل) أى شهادته (إذا تداركه في أوانه) وأوانه قبـــل البراح من مكانه ، فإذا تدارك الغلط قبل البراح (وهو عدل) قبل ذلك منه فكان ذلك محلقاً بأصل شهادته .

(بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت) حيث لا تقبل شهادته (لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة) وذلك بالجماعة الشاهـد بحطام الدنيا ، فإذا كان كذلك (فوجب الاحتياط) .

قالوا هذا إذا كان الموضع موضع الشبهة ، يعني شبهة التلبيس . أما إذا لم يكن ، فلا بأس بإعادة الكلام إذا كان عدلاً ، سواء اتحد المجلس أو اختلف ، كما إذا ترك لفظ الشهادة أو مثلها ، يجوز أن يترك لفظ إسم المدعي أو المدعى عليه ، أو يترك الإشارة إلى المدعي أو المدعى عليه .

(ولان المجلس إذا اتحد) هذا دليل آخر على ذلك الذي معني ،يعني إن اتحد المجلس (لحق الملحق) بفتح الحاء أي الذي لحقه في الكلام بأول كلامه (بأصل الشهادة ، فصار ككلام واحد) لان اتحاد المجلس يجمع المتفرقات ، وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان ، لان الحادثة بعد الشهادة من العدل في المجلس كالقرون بأصلها، واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله (ولا كذلك إذا اختلف) أي لا يلحق الملحق بأصل الشهادة إذا اختلف المجلس للانقطاع بين الكلامين باختلاف المجلس .

(وعلى هذه) أى على اعتبار المجلس في دعوى التوهم (إذا وقع الغلط في بعض الحدود) بأن ذكر الجانب الشرقي مكان الجانب الغربي أو على العكس (أو في بعض النسب)

وهذا إذا كان موضع شبهة. فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام، مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك ، وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً . وعن أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلاً ، والظاهر ما ذكرناه .

بأن ذكر محمد بن أحمد بن عمرو « رح » وقال محمد بن علي بن عمر مثلاً تقبل شهادته إذا تداركه في المجلس ولا تقبل بعده (وهذا) أي باعتبار اتحاد المجلس في عدم التلبيس ، واعتبار اختلافه في وجود التلبيس (إذا كان موضع شبهة) يعني إذا كان ذلك الموضع موضع شبهة التلبيس .

(فأما إذا لم يكن) موضع شبهة التلبيس (فلا بأس باعادة الكلام أصلا) يعني باستئنافه (مثل أن يدع) أى يترك (لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك) بأن يترك اسم المدعي أو المدعى عليه أو يترك الإشارة إلى أحدهما (وإن قام عن المجلس) واصل بما قبله (بعد أن يكون عدلاً) وقد مر هذا عن قريب .

(وعن أبي حنيفة « رح ») فيما روى الحسن « رح » عنه (وأبي يوسف « رح ») فيما روى بشر عنه (أنه يقبل قوله) أي قول الشاهد (في غير المجلس) أي في جميع المجالس (إذا كان عدلاً) أي إذا كان الشاهد عدلاً (والظاهر ما كنا ذكرناه) يعني أن ظاهر الرواية ما ذكرناه ، وهو أن شهادته تجوز إذا قال أوهمت إذا لم يبرح مكانه ، بعد أن كان عدلاً . فإن برح فلا هكذا فسر الاترازي « رح » وقال الكاكي « رح » قوله . والظاهر ما ذكرناه ، وهو أن يقبل في المجلس ، أى في موضع بشبهة التلبيس وبعده وفي غير موضع شبهة التلبيس يقبل في جميع الاوقات . وفي نوادر ابن سماعة « رح » عن محمد « رح » إذا شهد بالدار للمدعي ، وقضى القاضي بشهادتهما ، ثم قالا لا ندري لمن إلينا لا أضمنها قيمة البناء ، كأننا شككنا في شهادتنا ، وإن قالا ليس البناء للمدعي ضمنا قيمة البناء للمشهود عليه ، فعلم بقول الشهود شككنا ، لا يختلف الحكم بعد القضاء وقبله في أنه يقبل هذا القول منهم إذا كانوا عدولاً .

باب الاختلاف في الشهادة

قال ، الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وإن خالفتها لم تقبل ، لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد ، شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيما يوافقها ، وانعدمت فيما يخالفها .

(باب الاختلاف في الشهادة)

أي هذا باب في بيان حكم الاختلاف في الشهادة ، ولما فرع من مسائل الاتفاق في الشهادة شرع في بيان مسائل الاختلاف فيها ، والمناسبة لقضية الطبع ، لأن الاتفاق أصل ، والاختلاف إنما هو يعارض الجهل والكذب فأضر لذلك .

(قال) أي القدوري « رح » (الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وان خالفتها لم تقبل) موافقة الشهادة للمدعي أن تتحد أنواعاً ، وكماً ، وكيفاً ، وزماناً ، ومكاناً ، وفعلاً وانفعالاً ، ووضعاً ، وملكاً ، ونسبة . فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دراهم ، وشهد الشاهد بعشرة دراهم ، أو ادعى عشر دراهم ، ويشهد بثلاثين ، إذا دعى سرقة ثوب احمر وشهد بأبيض ، أو ادعى أنه قتل وله يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق زقه وإتلاف ما فيه ، شهد بانشقاقه عنده ، أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان ، وشهد بالغربي منه ، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده ، أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية ، وشهد بولادة غيرها ، لم تكن الشهادة موافقة للدعوى . وأما الموافقة بين لفظيها فليست بشرط . ألا ترى أن المدعي يقول أدعي على غريمي هذا والشاهد يقول أشهد بذلك ، واستدل المصنف « رح » على ذلك بقوله (لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها) .

قال ، ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة «رح».
فإن شهد أحدهما بألف ، والآخر بألفين لم تقبل الشهادة
عنده ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين ،
وعلى هذا المائة والمائتان ،

أما اشتراط تقدم الدعوى ، فإن القاضي نصب لفصل الخصومات ، فلا بد منها ، ولا يغنى بالخصومة إلا الدعوى . وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدها من التكذيب . وأما عدمها عند المخالفة ، فلوجود ذلك ، لأن الشهادة لتصديق الدعوى ، فإذا خالفتها وقد كذبتها ، فصار وجودها وعدمها سواء ، وإنما قيد بقوله في حقوق العباد احترازاً عن حقوق الله تعالى ، فإن الشهادة فيها تقبل بدون الدعوى إذ حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد ، فكان كل واحد خصما في إثباتها قوله ، وانعدمت أي الدعوى فيما يخالفها ، لأن الشهادة لتصديق الدعوى ، فإذا خالفها فقد كذبتها كما ذكرنا الآن ، ويعتبر صدق الشاهد لا صدق المدعي في المخالفة ، لأن الأصل في الشهود والعدول الصدق لا في المدعي ، لعدم شرطية العدالة فيه ، وفي الذخيرة كما يشترط التوافق بين الدعوى ، والشهادة تشترط الموافقة بين الشاهدين أيضاً ، لأن القضاء إنما يجوز بالحجة ، والحجة شهادة المثنى ، وبالمخالفة تنعدم الحجة .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة رضي الله عنه) المراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظهما على عادة المعنى بطريق الوضع ، كما قال أحدهما الهبة ، وقال الآخر المعطية لا بطريق التضمن ، ثم مثل المصنف « رح » لذلك بقوله (فان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين ، لم تقبل الشهادة عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي ألفين) وبه قال الشافعي في وجه وأحمد رحمهما الله في رواية ، وقالا يحلف ويستحق الألف الأخرى (وعلى هذا المئة والمائتان) أي وعلى هذا الخلاف إذا شهد أحدهما بالمائة والآخر بالمائتين ، وقال الشافعي وأحمد «رح» يستحق

والطلقة والطلقتان ، والطلقة والثلاث . لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة ، وتفرد أحدهما بالزيادة ، فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد بـــه أحدهما ، فصار كالألف والألف والخمس مائه . ولأبي حنيفة « رح » أنهما اختلفا لفظاً وذلك يدل على اختلاف المعنى ، لأنه يستفاد باللفظ ، وهـــذا لان الألف لا يعبر به عن الألفين ، بل هما جملتان متباينتان ،

المائة الأخرى بالحلف (والطلقة والطلقتان والطلقة والثـــلاث) أي وكذا على الخلاف إذا شهد أحـــدهما بأنه طلق امرأته واحـــدة ، والآخر شهد بأنه طلقها ثنتين أو ثلاث طلقات .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أنهما) أي أن الشاهدين (اتفقا على الألف) في شهادة أحدهما بالألف والآخر بألفين (أو الطلقة) أي أو أنهما اتفقا على المطلقة في شهادة أحدهما بالطلقة ، والآخر بطلقتين أو بالثلاث (وتفرد أحدهما) أي أحـــد الشاهدين (بالزيادة) وهي زيادة الألف من أحدهما في شهادتهما بالألف ، وزيادة المطلقة الثانية أو الثلاث (فيثبت ما اجتمعا عليه) وهو الألف والطلقة الواحدة (دون ما تفرد به أحدهما) وهو في زيادة الألف الآخر وزيادة الطلقة الثانيـــة والثلاث يعني لا تقبل في تلك الزيادة (فصار) أي حكم هذا (كالألف والألف والخمس مائة) أي وكما إذا ادعى ألفاً وخمس مائة ، وشهد أحـــدهما بالألف والآخر بالألف وخمس مائة ، والمدعي يدعي الأكثر ، قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين على الألف لفظـــاً ومعنى ، وسيجيء الكلام فيه عن قريب .

(ولأبي حنيفة « رح » أنهما) أي أن الشاهدين (اختلفا لفظاً) لأن أحدهما فرد والآخر مجتمع (وذلك) أي الاختلاف من حيث اللفظ (يدل على اختلاف المعنى، لأنه) أي لان المعنى (يستفاد باللفظ وهذا) أي دلالة اختلاف اللفظ على اختلاف المعنى الذي يستفاد من اللفظ (لان الالف لا يعـــبر به عن الالفين ، بل هما جملتان متباينتان) أي

فحصل على كل واحد منهما شاهد واحـــد ، فصار كما إذا اختلف جنس المال . قال، وإن شهد أحدهما بألف ،والآخر بألف وخمس مائة ، والمدعي يدعي ألفاً وخمس مائة قبلت الشهادة على الألف ،

كلمتان متباينتان كزيد وعمرو ، ولم يرد به الجملة المركبة من فعل وفاعل ، أو مبتدأ وخبر كما في النحو (فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا تقبل (فصار) حكم هـذا (كما إذا اختلف جنس المال) كما إذا شهد أحدهما بألف درهم ، والآخر بمـائة دينار أو شهد أحدهما بكر حنطة ، والآخر بكر شعير ، فإن قيل الالف موجود في الالفين ، قلنـــا نعم إذا ثبت الالفان يثبت في ضمنه الالف ، وإذا لم يثبت التضمن كيف يثبت التضمن .

ألا ترى أنه لو شهد أحدهما بأن قال لامرأته انك خلية وشهد الآخر بأنه قال انت برية لا يثبت شيء ، وإن اتفق المعنى . فإن قيـــل يشكل على قول أبي حنيفة « رح » مالو ادعى الفين وشهد بألف يقبل بالاتفاق ، ذكره في المبسوط مع ان شرط صحة القضاء الموافقه بين الدعوى والشهادة ، ولم يوجد . قلنا الاتفاق في اللفظ بين الدعوى والشهادة ليس بشرط لصحة الدعوى حسب اتفاقه بين الشاهدين .

ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل وشهدا بإقراره به يقبل ، ولو شهد احدهمـــا بالغصب والآخر بالإقرار بالغصب لا تقبل ، وهذا لان الشهادة تعتمد التلفظ . ألا ترى أنهـــا لا تقبل ما لم تقل أشهد بخلاف الدعوى ، فإنـــه لو صحح دعواه في الكتابـــة تقبل دعواه ، ولا يلزم أبو حنيفـــة « رح » إذا قـــال زوجها طلقي نفسك ثلاثاً . فطلقت واحدة كان ذلك منها جواباً فوقعت واحدة ، ولا ما إذا قال لها أنت طالق الفاً فإنه يقع ثلاثاً ، لان الاكثر في ذلك ثابت فيضمن الاقل ، وليس فيما نحن فيه كذلك،لان الاكثر شهد به واحد ، فلا يثبت به شيء .

(قال) أي القدوري « رح » (وإن شهد احدهما) أي أحـــد الشاهدين (بألف والآخر بألف وخمس مائة ، والمدعي يدعي الفاً وخمس مائة ، قبلت الشهادة على الالف

لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى ، لان الألف والخمس مائة جملتان عطف أحدهما على الأخرى ، والعطف يقرر الاول ، ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر ، لانه ليس بينهما حرف العطف ، فهو نظير الألف والألفين . وإن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الالف ، فشهادة الذي شهد بالالف والخمس مائة باطلة ، لانه كذبه المدعي في المشهود به .

لاتفاق الشاهدين عليهما) أي على الالف (لفظاً ومعنى ، لان الالف والخمس مائة جملتان عطفت احدهما على الاخرى ، والعطف يقرر الاول) أي يقرر المعطوف عليه (ونظيره) أي ونظير المذكور (الطلقة والطلقة والنصف) بأن شهد احدهما بطلقة ، والآخر بطلقة ونصف (والمائة والمائة والخمسون) بأن شهد احدهما بمائة ، والآخر بمائة وخمسين يقبل شهادته على الطلقة بالاتفاق وكذلك المائة .

(بخلاف العشرة والخمسة عشر) يعني إذا شهد احدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر يعني إذا ادعى المدعي خمسة عشر حيث لا يثبت العشر عند ابي حنيفة « رح » لان الموافقة بين اللفظين شرط ولم يوجد (لانه ليس بينهما حرف العطف) فصارا متباينين ، لان خمسة عشر تذكير بغير حرف العطف ، فكانت كلمة واحدة غير العشرة ، فلم يوجد الموافقة . وفي النهاية هذا كله فيما إذا لم يدع المدعي عقداً . اما إذا كان في دعوى العقد ، فهي ثمان مسائل : البيع والإجارة والكتابة والرهن والعتق على مال ، والصلح عن دم العمد والخلع ، والنكاح . وسيجيء كل هذا مشروحاً في هذا الباب إن شاء الله تعالى (فهو نظير الالف والالفين) اى المذكور نظير ما إذا شهد احدهما بألف والآخر شهد بألفين ، لا تقبل الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد مر عن قريب .

(وإن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الالف ، فشهادة الذى شهد بالالف والخمس مائة باطلة لانه) اى لان الشاهد (كذبه المدعي في المشهود به) وتكذيب الشاهد تفسيق له فكان مبطلا شهادته ، فبقي شاهد واحد .

وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لان التكذيب ظاهر ، فلا بد من التوفيق . ولو قال كان أصـــل حقي ألفاً وخمس مائة ، ولكني استوفيت خمس مائة أو أبرأته عنها، قبلت لتوفيقه . قال وإذا شهدا بألف ، وقال أحدهما قضاه خمس مائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ، ولم يسمع قوله أنه قضاه خمس مائة، لانه شهادة فرد ، إلا أن يشهد معه آخر . وعن أبي يوسف « رح» أنـــه يقضي بخمس مائة ، لان شاهـد القضاء مضمون وشهادتـه أن لا دين إلا خمس مائة ، وجوابه ما قلنا .

(وكذا) أي وكذا الحكم (إذا سكت) أي المدعي (إلا عن دعوى الألف) يعني ادعى الألف ولم يتعرض للخمس مائة لا بالنفي ولا بالإثبات (لأن التكذيب ظاهر ، فلا بد من التوفيق) ولم يوجد حتى لو وقف قبلت الشهادة ، وأشار إلى التوفيق بقوله (ولو قال كان أصل حقي الفاً وخمس مائة) كما شهد (إلا أني [1] استوفيت خمس مـائة أو أبرأته عنها) أي عن الخمس مائة (قبلت لتوفيقه) أي لزوال التكذيب .

(قال) أي القدوري «رح» (وإذا شهدا بألف ، وقال أحـــدهما قضاه خمس مائة قبلت شهادتهما على الألف) وفي بعض النسخ بألف (لاتفاقهما عليه) أي لاتفاق الشاهدين على الألف (ولم يسمع قوله) أي قول الشاهد الذي قال (انه قضاه) يعني قضاه (خمس مائة لأنه شهادة فرد ، إلا أن يشهد معه آخر) هذا هو المشهور .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه يقضي بخمس مائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمس مائة) فلا يجوز أن يثبت اكثر من ذلك (وجوابه) أي جواب ما روي عن أبي يوسف « رح » (ما قلنا) أشار به إلى قوله لأنه شهادة فرد ، كذا قاله الاترازي

---

(1) ولكني – هامش .

قال ، وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمس مائة كيلا يصير معيناً على الظلم . وقال في الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم ، فشهد أحدهما أنه قد قضاها ، فالشهادة جائزة على اقرض لاتفاقهما عليه ، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا . وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل ، وهو قول زفر « رح » ، لان المدعي أكذب شاهد القضاء . قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ،

« رح » ، وقال الأكمل « رح » ، وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الألف ، وتفرد أحدهما بالقضاء ، والقضاء يتلو الوجوب لا محالة .

(قال) أي القدوري « رح » (وينبغي للشاهد إذا علم بذلك) يعني الشاهد بقضاء خمس مائة إذا علم بذلك (أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمس مائة كيلا يصير معيناً على الظلم) لعلمه بدعواه بغير حق . وفي جامع أبي الليث لا يحل للشاهد الذي يعلم القضاء أن يشهد على أصل الدين لعلمه بأن المدعي يدعي بغير حق .

(وقال في الجامع الصغير ، رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم ، فشهد أحدهما أنه قد قضاها ، فالشهادة على القرض جائزة لاتفاقهما عليه ، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا) من أن القضاء يثبته بتفرد أحد الشاهدين والفرق بين مسألة الجامع وبين المسألة التي ذكرها قبلها أن في مسألة الجامع شهد أحدهما بقضاء كل الدين وفي التي قبلها ، شهد بقضاء بعض الدين .

(وذكر الطحاوي « رح » عن أصحابنا أنه لا يقبل) يعني في القرض والدين جميعاً (وهو قول زفر « رح » لأن المدعي أكذب شاهد القضاء) وهو تفسيق له (قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض) أي المشهود به الاول وهو القرض ، لم يوجد في حقه التكذيب وهو له ، وإنما وجد التكذيب لأنه أكذبه فيما عليه ، وهو الشهادة

ومثله لا يمنع القبول. قال، وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة، وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة، واجتمعوا عند الحاكم، لم يقبل الشهادتين لأن إحداهما كاذبة بيقين،

بالقضاء، وهو غير المشهود به الأول (ومثله لا يمنع القبول) ولهذا لو شهد بألف ومائة دينار، إذا ادعى المدعي ألف درهم تقبل شهادتهما، وإن كذبهما المدعي في المائة اليه أشار في الجامع.

(قال) أي القدوري «رح» (واذا شهد شاهدان انه) أي أن عمراً مثلا (قتل زيداً يوم النحر بمكة، وشهد آخران أنه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم، لا تقبل [1] الشهادتين لأن إحداهما) أي لأن إحدى الشهادتين (كاذبة) ظاهراً (بيقين) وبه قال الشافعي «رح» وفي الذخيرة ولو شهد أحدهما بالقتل والآخر بالإقرار بالقتل لا تقبل لأن القتل فعل والإقرار قول، والقول غير الفعل، فاختلف المشهود به. وكذا لو شهدا بالقتل واختلفا في الزمان والمكان لأن الفعل الثاني غير الفعل الاول.

وفي المغني، وكل شهادة على فعل اختلاف الزمان أو المكان يمنع القبول إلا في مسألة واحدة ذكرها داود بن رستم «رح» عن محمد في نصراني شهدا عليه، فقال أحدهما يصلي في مسجد بني زامدة شهراً وآخر يصلي في مسجد بني عامر شهراً، أو قال أحدهمايصلي بالكوفة شهراً أو قال أحدهمارأيته يصلي بالشام. قال أجيز شهادتهما وأجبره على الإسلام.

وفي الكافي، إختلافهما في الزمـــان أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة، والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة، والقذف، لايمنع القبول. وفي الجناية والغضب والقتل والنكاح، يمنع والاصل فيه أن المشهود به إن كان قولاً كالبيع ونحوه، فاختلافهما في الزمان أو المكان لا يمنع. رواه أحمد في رواية، لأن القبول مما يعاد ويكرر، وان كان المشهود به فعلا كالغصب ونحو، أو قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح، فإنه قول وحضور الشاهدين فعـــل، وهو شرط فاختلافهما في

---

(١) لم يقبل — هامش.

وليست إحداهما بأولى من الأخرى . فإن سبقت إحداهما وقضى بها ، ثم حضرت الأخرى ، لم تقبل ، لان الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها ، فلا تنتقض بالثانية . قال ، وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة ، واختلفا في لونها قطع .

الزمان والمكان يمنع القول ، لأن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان غيره فاختلف المشهود به .

وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح » في ظاهر روايته ، إختلافهما في الزمان أو المكان يمنع في الجميع إلا فيما شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس ، وقال الآخر أقر بطلانها يوم الجمعة ، فإنه يقبل . وكذا في البيع والنكاح وغيرهما فلا ينقض بالثانية لان القضاء بالاول قضاء ببطلان الثاني ضمناً ، إذ قتل شخص واحد لا يكون في موضعين. وفي الفتاوي الصغرى ، لو سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان ، فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك يقبل شهادتهما لانهما لم يكلفا حفظ ذلك .

(وليست إحداهما بأولى من الاخرى) يمكن أن هذا جواب عما يقال ، فلم لايسمع القاضي أحدهما ، فقال وليست إحداهما إلى إحدى الشهادتين بأولى من الشهادة الاخرى لعدم المرجح ، فإن كان كذلك (فإن سبقت إحداهما) أي إحدى الشهادتين (وقضى بها) أي وقضى القاضي بها (ثم حضرت الاخرى) أي الشهادة الاخرى (لم تقبل ، لان الاولى قد رجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية) لان الحكم بالثانية ينافي الحكم بالاول ، وقد صحت ظاهراً حيث اتصل الحكم بها ينتقض بالكذب ، فبقيت كما كانت ونظيره رجل معه ثوبان ، أحدهما نجس فوقع تحريه على أحدهما وصلى فيه ، ثم وقع تحريه على الآخر لا يجوز الصلاة فيه ، لان الاول اتصل به حكم فلا ينتقض بتحري آخر .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا شهد على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها) بأن قال أحدهما إنها سوداء ، وقال الآخر بأنها صفراء (قطع .

وإن قال أحدهما بقرة، والآخر ثوراً، لم يقطع. وهذا عند أبي حنيفة «رح». وقالا لا يقطع في الوجهين جميعاً. وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة، لا في السواد والبياض، وقيل هو في جميع الألوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء، فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة، وصار كالغصب، بل أولى، لأن أمر الحد أهم، وصار كالذكورة والأنوثة.

وإن قال أحدهما بقرة) أي بأنه سرق بقرة (والآخر ثوراً) أي وقال الآخر إنه سرق ثوراً (لم يقطع وهذا عند أبي حنيفة «رح»).

(وقالا لا تقطع في الوجهين) وبه قالت الائمة الثلاثة «رح» وقال التمرتاشي «رح» هذا الخلاف بين أبي حنيفة «رح» وصاحبيه فيما إذا سرق بقرة فقط. أما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء، لا تقبل شهادتهما إجماعاً، لان كذب أحد الشاهدين. وكذا الخلاف فيما إذا ادعى سرقة ثوب فقط، احدهما هروى، وقال الآخر وزي، فإن اختلفا في الزمان والمكان يقبل بالإجماع.

(وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة) لان الحمرة الشديدة تظهر كالسواد والبياض) لأنهما لا يتشابهان أصلا (وقيل هو) أي الاختلاف بين أبي حنيفة «رح» وصاحبيه «رح» (في جميع الالوان) وذكر في المبسوط أن الكل على الخلاف في الاصح.

(لهما) أي لابي يوسف «رح» ومحمد «رح» (أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء، فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة) فلا اختلاف في الشهود به فلا يقبل (وصار كالغصب) يعني شهد الغصب ببقرة واختلفا في لونها (بل أولى لان أمر الحد أهم) لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات، والثابت هنا قد يسقط بالشبهات، ولان الاختلاف لما منع قبول الشهادة في المال، فلأن يمنع في الحر اولى، كما لو اختلفا في قدر القيمة (وصار كالانوثة والذكورة) في المغايرة.

وله أن التوفيق ممكن ، لأن التحمل في الليالي من بعيد ، واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحـــد ، فيكون السواد من جانب ، والبياض من جانب آخر ، وهذا يشاهده .

(وله) أي ولابي حنيفة « رح » (أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليـــالي من بعيد) إذا اكثر السرقات تكون في الليـــالي ، وتحمل الشهادة من بعيد (واللونان يتشابهان) كالحمرة والصفرة (أو يجتمعان) أى اللونان بين ذلك بقوله (في واحديكون السواد من جانب وهذا يبصره ، والبياض من جانب آخر هذا) أي الآخر (يشاهده) وكل واحد يشهد بما رآه ، فإن قيل لو كانت البقرة على هذه الصفة، يقال لها أبلقالاسوداء ولا بيضاء قلت نعم كذلك لمح ولكن في حق من يعرف اللونين. أما في حق من لايعرف إلا احدهما يكون عنده ذلك اللون كذا في المبسوط .

وإذا كان التوافق ممكناً وجب القبول ، كما إذا اختلف شهود الزنا في سبب واحد. وقال الاكمل « رح » وفيه بحث في وجهين أحدهما أن طلب التوفيق هاهنـــا لاحتيال أسباب الحد ، وهو القطع ، والحد يحتال لدونه لا لإثباته ، والثاني ان التوفيق وان كان ممكناً ، ليس بمعتبر مـــا لم يصرح به فيما لم يثبت بالشبهات ، فكيف يمكن اعتباره فيما يدريها .

والجواب عن الاول أن ذلك إنما كان احتيالا لاثباته اذ لو كان في اختلاف ما كلفنا نقله ، وهو من صلب الشهادة ، كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصاباً تقطع به أو لا . وأما إذا كان في اختلاق ما لم يكلفنا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله ، فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالاً لإثبات الحد ، لإمكان ثبوته به .

ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك ، فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ، ولم يكلفنا نقله إلى مجلس الحكم ، بخـلاف الذكورة والأنوثة ، فإنهما يكلفان النقل بذلك ، لأن القيمة تختلف باختلافهما ، فكان اختلاف في سلب العقد .

وعن الثاني بأنه جواب القياس ، لأن القياس اعتبار مكان التوفيق ، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا .

بخلاف الغصب ، لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه ، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة . وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه . قال ، ومن شهد لرجل أنــــه اشترى عبداً من فلان بألف ، وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمس مائة ، فالشهادة باطلة ، لان المقصود إثبـات السبب ، وهو العقـد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف الشهود ، ولم يتم العـــــدد على كل واحد ، ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه .

(بخلاف الغصب) هذا جواب عن مسألة الغصب وهو قوله (لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه) أي لأن تحمل الشهادة في الغصب يكون بالنهار ، إذ الغصب يكون فيــه غالباً (الذكورة والأنوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فانهما (لا يجتمعان في واحدة . وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه ، فلا يشتبه) أي في حيوان عادة، ولأن الشاهدان يكلفان بيان الذكورة والانوثة ، لأن القيمة تختلف باختلافهما ، فكان اختلافهما فيهما في نفس الشهادة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبداًمن فلان بألف درهم ، وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمس مائة ، فشهادته باطلة) قال الاترازي « رح » كان المناسب ذكر هذه المسألة بعد قوله ، وإن شهد أحدهما بألف ، والآخر بألف وخمس مائة ، قلت تلك المسألة في دعوى المال ، وهـــــذه في دعوى العقد (لأن المقصود اثبات السبب ، وهذا العقد يختلف باختلاف الثمن ، فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد) لأن اختلاف الشهود به يمنع قبول الشهادة ، وكذا نقصان العدد يمنع (ولأن المدعي) دليل آخر على ذلك (يكذب أحد شاهديه) صورة المسألة في الجـامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أنه قال في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هـــذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيـــع ، فيقيم عليه شاهداً بألف وخمسمائة ، وشاهداً بألف ، قال هذا باطل .

وكذلك إذا كان المدعي هو البائع ، ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا . وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر . وكذا إذا كان هو المولى ، لان العتق لا يثبت قبل الأداء ، فكان المقصود إثبات السبب . وكذا الخلع

(وكذلك) أي وكذا الشهادة باطلة (إذا كان المدعي هو البائع ، ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما) يعني سواء ادعى أقل المالين أو أكثر ، وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الإمام الشهيد أبي القاسم السمرقندي « رح » يقبل ، لأن الشراء لواحد قد يكون بألف ، ثم يصير بألف وخمسمائة ، بأن اشترى ثم زاد في الثمن ، فقد انقضى على الشراء الواحد (لما بينا) وهو أن المقصود إثبات السبب .

(وكذلك الكتابة) أي كالبيع لأن عقد الكتابة يختلف باختلاف البدل كالبيع ، هنا تسع مسائل : البيع ، والكتابة ، والخلع ، والطلاق ، والإعتاق على مال ، والصلح على دم العمد ، والرهن ، والنكاح ، والإجارة . وقال الاترازي «رح» بعد أن نقل ما ذكره محمد « رح » في الجامع الصغير وهذه ثمان مسائل ، لأنه لم يذكر الطلاق . وأشار المصنف «رح» إلى الكتابة بقوله وكذلك الكتابة بعد أن يذكر البيع ، فالبيع هو المسألة الأولى والكتابة هي الثانية . وفي قاضي خان « رح » بمنزلة البيع إذ كان الدعوى من العبد ، لأنه يدعي العقد أشار اليه المصنف « رح » بقوله (لأن المقصود هو العقد) أي عقد الكتابة (إن كان المدعي هو العبد فظاهر) فلا تقبل الشهادة إذا اختلف الشاهدان في بدل الكتابة كما في البيع والشراء .

(وكذا) أي وكذا لا تقبل الشهادة (إذا كان) أي المدعي (هو المولى ، لأن العتق لا تثبت قبل الأداء) أي قبل إذا بدل الكتابة ، وبدل الكتابة لا يكون إلا بعقد الكتابة وهو معنى قوله (فكان المقصود إثبات السبب) أي العقد والثالثة من المسائل الخلع أشار اليه بقوله (وكذا الخلع) بأن ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج والرابعة منها هو

والإعتاق على مال ، والصلح عن دم العمـــد إذا كان المدعي هو العبد والمرأة والقاتل ، لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه . وإن كانت الدعوى من جـــانب آخر ، فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرناه من الوجوه ، لأنه يثبت العفو والعتق والطـــلاق باعتراف صاحب الحق ، فيبقي الدعوى في الدين وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل ، لأنه لا حظ له

قوله (والإعتاق على مال) والخامسة هو قوله (والصلح عن دم العمد) فالحكم في هذه المسائل الثـلاثة (إذا كان المدعي هو العبد) في مسألة الكتابة (والمرأة) أي وإن كان المدعي هي المرأة في مسألة الخلع (والقاتل) أي وإن كان المدعي هو القـــاتل في مسألة الصلح عن دم العمد فلا خفاء في هذه الثلاثة (لأن المقصود إثبات العقد ، والحاجة ماسة اليه) أي إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه .

(وإن كانت الدعوى من الجانب الآخر) وهو المولى والزوج وولي القصاص ، بأن قال المولى أعتقتك على ألف وخمس مائة ، والعبد يدعي الألف وقال الزوج خالعتك على ألف وخمس مائة ، والمرأة تدعي الألف ، وقـــال ولي القصاص صالحتك على ألف وخمسمائة والقاتل يدعي الألف (فهو بمنزلة دعوى الدين) أي كانت الدعوى مثل دعوى الدين وهو البدل وهو المبدل لوقوع العتق والطلاق والعفو بإقرار المولى والزوج وولي القصاص (فيما ذكرنا من الوجوه) المذكورة من أنه يقبل على الألف إذا ادعى ألفاً وخمس مائة بالاتفاق وإذا ادعى الفين لا تقبل عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما وإن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما (لأنه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق) وهو المعتق والزوج والولي (فيبقى الدعوى في الدين) وهو البدل والمسألة السادسة هو قوله (وفي الرهن) أي إذا شهد أحـــد الشاهدين بالالف والآمر بألف وخمسمائة .

(إن كان المدعي هو الراهن لا يقبـــل) الشهادة (لانه) أي لان الراهن (لاحظ له

في الرهن ، فعريت الشهادة عن الدعوى ، وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين . وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة ، فهو نظير البيع ، وإن كان بعـــد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين . قال ، فأما النكاح ،

في الرهن) لانه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كانت دعواه غير مفيدة ، فكانت كأن لم يكن وهو معنى قوله (فعريت الشهادة عن الدعوى) فلا تقبل .

(وإن كان) أي المدعي (هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) يقضى بأقــل المالين إجماعاً . فـــإن قيل الرهن لا يثبت إلا بالإيجاب والقبول فكان عقداً كسائرالعقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال بمنزلة اختلافهما في البيع أو الشراء وإن كانت الدعوى من المرتهن قلنا لما كان عقد الرهن غير لازم في حق المرتهن كان له أن يرد الراهن متى شاء ، بخلاف الراهن لانه ليس له استرداد الرهن متى شاء ، فكان الاعتبار الدعوى الدين في جانب المرتهن ، لان الرهن لا يكون بالدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ، ويثبت الرهن بالالف ضمناً ، وتبعاً للدين والمسألة السابعة هي قوله :

(وفي الإجارة) أي اختلاف الشهادة إذا كان في الإجـــارة (إن كان كذلك) أي الدعوى على تأويل الادعاء (في اول المدة) قبل استيفاء المنفعة (فهو نظير البيـــع) يعني لا تقبل الشهادة كما في البيـع ، لان المقصود إثبات العقد ، وقد اختلف باختلاف البدل (وإن كان بعد مضي المدة) واستيفاء النفقة (والمدعي) أي والحـال أن المدعي (هو الآجر فهو دعوى الدين) أي المال فيقضي بأقل المالين إذا ادعى الاكثر ، إذ لا حاجة هنا إلى إثبات العقد ، وإن كان المدعي هو المستأجر بعد مضي المدة كان ذلك منه اعترافـاً بمال الإجارة ، فيجب عليه ما اعترف ، فـــلا حاجة فيه حينئذ إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما . والمسألة الثانية هي قوله :

(قال) أي أبي حنيفة « رح » (فأما النكاح) يعني إذا اختلف المشهود فيه ، فقال

فإنه يجوز بألف استحساناً . وقالا هـــذا باطل في النكاح أيضاً ، وذكر في الأمالي قول أبي يوسف « رح » مع قول أبي حنيفة « رح » ولهما أن هذا اختلاف في العقد ، لان المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع . ولأبي حنيفة « رح » أن المال في النكاح تابع ، والأصل فيه الحل والازدواج والملك ، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت .

أحدهما بألف والآخر بألف وخمس مائة (فإنه) أي فإن النكاح (يجوز بألف استحساناً) كما في دعوى الدين .

(وقال أبو يوسف ومحمد « رح » [1] هذا باطل في النكاح أيضاً) يعني كما هو باطل في البيع يعني فلا تقبل الشهادة ولا يقضى بالنكاح . (وذكر في الامالي قول أبي يوسف « رح » مع قول أبي حنيفة « رح ») قال فخر الدين قاضي خان « رح » في شرح الجامع الصغير وذكر في الدعوى عن الامالي قول أبي يوسف « رح » مع قول أبي حنيفة «رح».

(ولهما) أي ولابي يوسف « رح » ومحمد « رح » (أن هـذا اختلاف في العقد) لان النكاح بألف غير النكاح بألف وخمس مـــائة (لان المقصود من الجانبين السبب) والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة (فأشبه البيع) كما إذا اختلف الشاهدان فيه بأن شهد أحدهما بألف ، والآخر بألفين فلا تقبل ، كذا هذا (ولابى حنيفة « رح » أن المال في النكاح تابع) ولهذا يصح بلا تسمية مهر وملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال ، كالعم ، والاخ ، والاختلاف في البائـــع لا يوجب اختلاف في الاصل .

(والاصل فيه) أي في النكاح هذا دليل أخذ تقريره أن الاصل في النكاح (الحل) هو حل البضع (والازدواج والملك) هو ملك البضع ، لان شرعيته كذلك ولزوم المهر لصون المحـــل الخطر عن الاستبذال بالتسلط عليها مجاناً (ولا اختلاف) للشاهدين (فيما هو الاصل فيثبت) أي الاصل .

---

(١) قالا — هامش .

ثم إذا وقـــع الاختلاف في التبع يقضي بالأقل لاتفاقهما عليه . ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح . ثم قيـــل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية ، وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ، ومقصوده ليس إلا العقد . وقيل الخلاف في الفصلين وهذا أصح ،

(ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل) أي بأقل المالين (لاتفاقهما عليه) أي لاتفاق الشاهدين على الأقل. واعترضوا عليه بأن هذا تكذيب لأحد الشاهدين، واجيب بأن التكذيب فيما ليس بمقصود ، وهو المـــال ، والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل وهو العقد (ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما) قال الأكمل « رح » ، قال المصنف « رح » ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما بكلمة أو ، والصواب كلمة الواو بدلالة يستوى ، انتهى . قلت كان في نسخة بكلمة أو ، فكذلك اعترض، وليس كذلك فإن النسخ كلها بالواو حتى في نسخة شيخي العلاء « رح » التي هي العمدة (في الصحيح) احترازاً عما قال بعضهم ، وأنه لما كان كالدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما في الدين ، واليه ذهب شمس الأئمة « رح » .

(ثم قيل الاختلاف) أي بين أبي حنيفة وصاحبيه (فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان الزوج هو المدعي [1] إجماع على أنه لا يقبل لأن مقصودها قـد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد) فيكون الاختلاف فيه يمنع القبول .

(وقيل الخلاف) اى الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه (في الفصلين) جميعاً، يعني فيما إذا كان مدعي النكاح الرجل والمرأة (وهذا أصح) أي الخلاف بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه في الفصلين جميعاً أصح. وقال الاترازي «رح» ولنا في قوله، وهذا أصح نظراً لما أنهم لم يذكروا الخلاف في شرح الجامع الصغير. وشرح الطحاوي فيما إذا كان المدعي هو الزوج، بل قالوا لا تقبل الشهادة لأن الاختلاف وقع في العقد، انتهى. قلت عدم ذكرهم في شرح الجامع الصغير

---

(١) نسخه كان المدعي هو الزوج — هامش .

والوجـــه ما ذكرناه .

فصل في الشهادة على الإرث

قال ، ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه ، أعارهـا أو أودعها الذي هي في يده ، فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنـــه مات وتركها ميراثاً له . وأصله أنه متى ثبت الملك

شرح الطحاوي لا يستلزم عدم ذكر غيرهم (والوجه ما ذكرناه) أشار به إلى ما ذكر في دليل الطرفين عند قوله لهما ان هذا اختلاف في العقد .. إلى آخر ما ذكره .

(فصل في الشهادة على الارث)

أي هذا فصل في بيان حكم الشهادة على الارث ، ولما ذكر أحـــكام الشهادة المتعلقة بالإحياء شرع يذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت ، بحسب مقتضى الوقائع .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده،فإنه يأخذها) أي فإن المدعي الذي أقام البينة يأخذ الدار بهذه البينة (ولا يكلف البينة) أي يشهدوا (أنه) أي أن أباه (مات وتركها ميراثاً له) أي لإبنه . وفي الفوائد الظهيرية هذا بالإجماع ، لكن على اختلاف التخريج : فأبو يوسف « رح » لا يقول في الميراث باشتراط الجر والانتقال من المورث إلى الوارث في قبول البينة ، وأبي حنيفة ومحمد « رح » وإن كانا يشترطان ذكر الجر والانتقال ، بأن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثاً له . أما ها هنا لم يشترطا لأن المدعي أثبت لمورثه يداً إلى المدعي بمـــا أقام من البينة ، لأن يد المستودع والمستعير ، يد المودع والمعير ، فصار كأنه أقام البينة بأن أباه مات والدار في يده ، ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هذا .

(وأصله) أي أصل حـــكم الشهادة على الإرث (أنه) أي الشأن (متى ثبت الملك

للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنـــه مات وتركها ميراثاً له عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » هو يقول أن ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث . وهما يقولان أن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية المورثة ، ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير ، فلا بد من النقل. إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة ، وكذا على قيام يده

للمورث لا يقضى به للوارث) أي لا يحكم له بذلك الملك (حتى يشهد الشهود أنه) أي أن المورث (مات وتركها) أي ترك تركة (ميراثاً له) أي لهذا الوارث (عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح ») هذا الخلاف مبني على الأصل المذكور ، وهو أن الشهادة بالميراث يحتاج إلى الجر والانتقال عند أبي يوسف « رح » يقـول (إن ملك الوارث ملك المورث) لكون الوراثة خلافه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وإذا كان كذلك (فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به) أي بالملك (للوارث) .

(وهما) أي أبو حنيفة ومحمد « رح » (يقولان أن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه) أي على الوارث (الاستبراء في الجارية الموروثة ، ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير) وإن كان المورث غنياً ، فلما كان ملكه متجدداً ، فلا بد من إثبات الملك له ابتداء وهو معني قوله (فلا بد من النقل) بأن يقول الشهود أنه مات وترك هذا الشيء ميراثاً لهذا لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً.

(إلا أنه يكتفي بالشهادة) هذا استثناء من قوله لا بد من النقل يعني عندهما لا بد من الجر والنقل إلا أن الشهادة يكتفى بها (على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة ، وكذا على قيام يده) أي يكتفي بالشهادة على قيام يده عند الموت ، لأن اليد

على ما نذكره إن شاء الله تعالى . وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده ، فأغنى ذلك عن الجر والنقل . وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يديه جازت الشهادة ، لان الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة

حينئذ تصير يد ملك بالضمان ، لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوي أسبابه ويعطي ما كان عنده من الودائع والغصوب ، فإذا لم يبين فالظاهر أن ما في يده ملكه والأمانات تصير مضمونة بالتحصيل بأن مات ولم يبين أنها وديعة فلان ، لأنه حينئذ ترك الحفظ وهو متعة يجب الضمان به . وإذا ثبت هذا لمن قام بينه على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي في يده ، فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له بالاتفاق . أما عند أبي حنيفة « رح » فلأنه لا يوجد الجر في الشهادة . وأما عندهما فلأن قيام اليد عند الموت يغني عن الجر (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) هذا إشارة إلى ما نذكره عن قريب بقوله لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك .

(وقد وجد الشهادة على اليد في مسألة الكتاب) أي هذا الكتاب وهي المسألة التي ذكرها عقيب الفصل بقوله ، ومن أقام بينة على دار بها كانت لأبيه ... إلى آخرها والحاصل أنه أشار بهذا إلى أن هذه المسألة متفق عليها ، وأشار إلى بيان وجهها بقوله (لأن يد المستعير والمودع) بفتح الدال (والمستأجر) بكسر الجيم أي ويد المستأجر (قائمة مقام يده) أي يدأب المدعي الذي أقام بينة أنها كانت لأبيه (فأغنى ذلك) إلى قيام يده عن الموت (عن الجر والنقل) .

(وإن شهدوا أنها) أي أن هذه الدار (كانت في يد فلان مات وهي في يديه ، جازت الشهادة) قال الاترازي « رح » قوله وإن شهدوا انها كانت في يد فلان أي يد أبيه ، وصرح صدر الشهيد « رح » في شرح الجامع الصغير حيث قال وإن شهدوا انها كانت في يد أبيه مات وهي في يده جازت الشهادة (لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة

الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل ، فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت . وإن قالوا لرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل . وعن أبي يوسف « رح » أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك . ولو شهدوا أنهـــا كانت ملكه تقبل ، فكذا هذا ، وصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي .

الضمان) لأنهم لما شهدوا له باليد وقت الموت فلا يخلوا اما ان يكون يد ملك أو يد أمانة فإن كانت يد ملك فلا شك ، وإن كانت يد غصب تصير يد ملك بالضمان ، وإن كانت امانة تصير يد غصب بالتجهيل وهو معنى قولـه (والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل) فيصير يد ملك (فصار) أي قول الشاهد بأنها كانت في يده وقت الموت (بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت) فيثبت النقل إلى الورثة بالضرورة . وروي عن الحسن انها لا تقبل ، لأنهم شهدوا بيد منقضية ، والأصح انها تقبل لما مر .

(وإن قالوا لرجل حي) ذكر هذه المسألة استطراداً ، إذ هي ليست من باب الميراث أي وإن قال الشهود لرجل حي ، يعني إذا كانت الدار في يد رجل حي ، فادعاها رجل آخر ، وليست الدار في يده ، فقالوا انها له فشهدوا انها له وقيدبقوله حي ، لأنهم لو شهدوا للميت بأنها كانت في يده وقت الموت تقبل بالإجماع وقيد بقوله (نشهد انها كانت في يد المدعي) لأنهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالإجماع ، كذا في قاضي خان « رح » وقوله (منذ اشهر) وجوده كعدمه ، لأن الخـــلاف ثابت فيما لم يذكره (لم تقبل) أي هذه الشهادة .

(وعن ابي يوسف « رح » انها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك) إذا ثبت يبقى إلى ان يوجد المزيد فكذا في اليد (ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل ، فكذا هذا فصار) هذا (كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي) يعني لو شهدوا انها كانت في المدعي واخذها المدعى عليه الذي هو صاحب اليد يقبـــل الشهادة وترد الدار إلى المدعي ، وكذا إذا اقر المدعى عليه بأنها كانت في يد المدعي ترد على ما ذكر في الكتاب .

وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان، فتعذر القضاء بإعادة المجهول، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف بخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولأن يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به. وليس الخبر كالمعاينة وإن أقر بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعي لأن الجهالة في المقربة لا تمنع صحة الإقرار. وإن شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعي دفعت إليه، لأن المشهود به ها هنا الإقرار هو معلوم.

(وجه الظاهر وهو قولهما) أي قول ابي حنيفة ومحمد « رح » (ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية) اى زائلة ، يعني يد المدعي زائلة في الحال ، وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر (وهي) اى اليد (متنوعة إلى ملك وامانة وضمان) فإذا كان كذلك كانت مجهولة (فتعذر القضاء بإعادة المجهول) تعذر الحكم باعادتها مع قيام الجهالة (بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد) كيف ما كان . قال عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد (ولان يد ذى اليد معاين ، ويد المدعي مشهود به) والشهادة خبر .

(وليس الخبر كالمعاينة) لاحتمال زوال اليد بعدما كانت والمعاين راجح ، لان المعاينة توجب العلم والشهادة عليه الظن ، فما كان موجباً للعلم اولى قال ليس في كثير من النسخ لفظ قال (وإن أقر بذلك المدعى عليه) اى أقر بأن الدار كانت في يد المدعي (دفعت إلى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار) بل يجب عليه بيانه كما لو أقر لفلان بشيء يجب عليه بيانه .

(وإن شهد شاهدان أنه أقر) أى المدعى عليه أقر (أنها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هاهنا الإقرار وهو معلوم)أي المشهود به وهو الإقرار معلوم ، والمجهول هو المقر به والجهالة فيه ليست بمانعة لصحة الإقرار .

باب الشهادة على الشهادة

قـــال ، الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة ، وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها ، إذ شاهد الأصل قـد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض ، فلو لم يجز الشهادة على الشهادة أدى إلى اتواء الحقوق . ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت .

(باب الشهادة على الشهادة)

أي هذا باب في بيان حكم الشهادة على الشهادة لما كانت الشهادة على الشهادة فرع شهادة الأصول استحقت التأخير لأن الأصل مقدم على الفرع .

(قال) أى القدوري « رح » في مختصره (للشهادة على الشهادة جـــائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) أراد به غير الحدود والقصاص ، وبه قال أحمد «رح » والشافعي «رح» في قول . وقال مالك « رح » يقبل في كل الحقوق سواء كان حـــداً أو غيره ، وبه قال الشافعي « رح » في الاصح (وهـــذا) أي جواز الشهادة على الشهادة (استحسان بشدة الحاجة إليها) والقياس يأبى جوازها لتمكن الشبهة فيها ، إذ الأخبار إذا تداولتهـــا الألسن يتمكن فيهـــا زيادة ونقصان ، ولأن أداء الشهادة عبادة والعبادة لا يجري فيها النيابة لأنهـــا جوزت استحساناً (إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض) كالموت والسفر والغيبة .

(فلو لم يجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق) أي ضياعها وهلاكها (ولهذا) أي ولأجل إتواء الحقوق عند عدم جواز الشهادة على الشهادة (جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت) أى الشهادة على الشهادة وإن بعدت .

إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية ؛ أو من حيث أن فيها زيادة احتمال ، وقد أمكن الاحتراز عنـــه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهـات كالحدود والقصاص . ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين . وقال الشافعي « رح » لا يجوز إلا الأربـع

(إلا أن فيها) أي لكن في الشهادة (شبهة من حيث البدلية) لأن البدل محالاً لا يصار اليه إلا عند العجز عن الأصل ، وهذه كذلك ، فإن قيل لو كان فيها معنى البدلية ينبغي أن لا يجوز الجمع بين الأصل والفرع ، فإن القاضي لو قضى بشاهد أصل وشاهدين فرعين يجوز ، وتكميل الأصل بالخلف لا يجوز كما في الوضوء والتيمم ، ذكره في الكافي . أجيب بأن البدلية إنما هي في المشهود به فشهادة الفروع هو شهادة الأصول ، والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي ، وإذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلاً عن شهادة الاصول فلم يمنع إتمام الأصول بالفروع (أو من حيث أن فيها زيادة احتمال)معطوف على قوله من حيث البدليـــة ، يعني إن فيها شبهة من حيث أن فيها زيادة احتمال فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب لعـــدم العصمة ، وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم .

(وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود) يعني بشهود الأصل (فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص) فالشافعي « رح » في قول يوافقنا في الحدود لا في القصاص فإن قيل ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي كذا ضرب فلاناً حداً في قذف تقبل حتى يرد شهادة فلان . قلنا المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات ، وإنما الذي لا يثبت مع الشبهات إلا يناب الموجـــة للعقوبة ، وإقامة القاضي حد القذف ليس بسبب موجبه للعقوبة ، فإن قيل أليس أن إقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة ، قلنا لا ، ولكن رد شهادة من تمام الحد ، فيكون ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف .

(ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين ، وقال الشافعي «رح» لا يجوز إلا الأربع

على كل أصل اثنان ، لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحـــد ، فصار كالمرأتين . ولنـــا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ، ثم شهدا بحق آخر ، فتقبل . ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك « رح »

على كل أصـــل إثنان) أي شاهدان من الأربـع ، وبه قال عبد الملك المالكي « رح » واختاره المزني « رح » (لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد) فلا تتم حجة القضاء بها (فصار كالمرأتين) أي كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما.

(ولنا قول علي رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجـل إلا شهادة رجلين) هـــذا غريب ، يعني لم يثبت ، والذي روي عن علي رضى الله عنه ما رواه عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن حسين عن أبيه عن جـــده عن علي رضى الله عنه قال ، لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان .

وقال الاترازي « رح » ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن علي رضى الله عنــه أنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل إلا شهادة رجلين وجه الاستدلال بذلك أن عليـــاً رضى الله عنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل ، على شهادة رجل آخر ، ولم يشترط أن يكون بازاء كل أصل فرعان على حدة إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعـــاً على شهادة الاصلين،ولم يرد عن غير علي رضى الله عنه خلافه فحل محل الإجماع قلت فيه تأمل.

(ولأن نقل شهادة الأصل في الحقوق) يعني حق من الحقوق إذ طريق جواز الشهادة على الشهادة نقـــل الشهادة (فيما شهد بحق ثم شهد بحق آخر) فكمل نصاب الشهادة (فتقبل) لكمال النصاب .

(ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا) أي من قول علي رضى الله عنه (وهو) أي قول علي رضى الله عنه (حجة مالك « رح ») فإنه قال في كتبنا ، وقال مالك « رح » يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد ، ولكن ذكر في جواهر المالكية

ولأنه حق من الحقوق ، فلا بد من نصاب الشهادة وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندي بكذا ،وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء وإن لم يقل أشهدني على نفسه

لا يجوز ، وكذا ذكر في الحلية ، فإذا كان كذلك كيف يكون قول علي « رض » حجة على مالك « رح » ، وفي الحلية أنه على قول أحمد « رح » وابن أبي ليلى وعبدالله بن شبرمة والحسن البصري وعبدالله بن الحسن العنبري وعثمان البتي وإسحق « رح » يثبت بشهادة واحد شهادة الأصل الواحد ، لأن الفرع قائم مقام الأصل (ولأنه) أي ولأن نقل الشهادة (حق من الحقوق ، فلا بد من نصاب الشهادة) إذ النصاب شرط فلا بد منه .

(قال) أي القدوري « رح » (وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الاصل لشهادة الفرع أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا ، وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه) أي عن الأصل ، وإنما قال كالنائب ، ولم يقل نائب عنه لو كان نائباً عنه حقيقة ، لما جاز الجمع عند فرعين ، وأصل بيانه أن للقاضي أن يقضي بشهادة أصل واحد فرعين عن أصل آخر ، ولو كان الفرع نائباً حقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم (من التحميل والتوكيل) لأن الشهادة على الشهادة إنما تصير حجة بنقل شهادة الأصل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من التحميل ، والفرع وكيل عن الأصل فلا بد من التوكيل (على ما مر) أي الذي مضى قبله في فصل ما يتحمله الشاهد .

(ولا بد أن يشهد) أي الأصل (كما يشهد عند القاضي) أي كما يشهد الأصل عند القاضي بلا تفاوت في القول ، بأن يقول إني أشهد أن فلاناً بن فلان أقر عندي بكذا فاشهد أنت على شهادتي (لينقله إلى مجلس القضاء) أي لينقل الفرع ما اشهده الاصل إلى مجلس القاضي (وإن لم يقل) أي الأصل عند الفرع (أشهدني على نفسه) أي المقر أو

جاز ،لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة ، وإن لم يقل له إشهد ، ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا . وقال لي إشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته . وذكره شهادة الأصل وذكره التحميل لها لفظ أطول من هذا وأقصر منه وخير الأمور أوسطها .

المدعى عليه (جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له) أي وان لم يقل الغير (إشهد) علي .

(قال) أي القدوري « رح » ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عندي بكذا ، وقال لي إشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته) أي شهادة الفرع (وذكره شهادة الأصل وذكره التحميل) أما شهادة الاصل فلا بد له ثم يخبر بعد ذلك بصفة مانفع عليه شهادته وهو التحميل (ولها) أي لشهادة الفرع عند الاداء (لفظ أطول من هذا) أي من الذي ذكره القدوري « رح » وهو كما قال الخصاف وغيره أن الفرع يقول عند القاضي أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته ، وأمرني أن اشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن ، فيحتاج إلى ثمان شيئات ، واختاره أبو الليث « رح » واستاذه أبو جعفر الهندواني «رح» . وفيما ذكر في الكتاب خمس شيئات واختاره الحلواني (وأقصر منه وخير الامور أوسطها) وهذا أن يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بكذا جاز فيه شيئان واختاره أبو الليث « رح » واستاذه أبو جعفر الهندواني « رح » وهكذا حكى فتوى السرخسي « رح » وهكذا ذكر محمد « رح » في السير الكبير ، وبه قالت الائمة الثلاثة .

وذكر الخصاف أنه يكفي ثلاث شيئات في الاشهاد ، وست في الاداء وهو أن يقول في الاشهاد أشهد ان فلاناً أقر عندي لفلان بكذا فاشهد عندي أن لفلان على فلان كذا ، واشهدني على شهادته إلا أن أنا أشهد على شهادة أن لفلان على فلان كذا ، وهذا معنى ما قا له في نظم الجامع ويؤتي بشيئات ثلاث لحملها ، وبالست في حال الاداء مردود. وفي الفتاوى

ومن قال أشهدني فلان على نفسه ، لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول أشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل. وهذا ظاهر عند محمد «رح» لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعاً حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع . وكذا عندهما ، لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول لتصير حجة ، فيظهر تحميل ما هو حجة .

الصغرى شهود الفرع يجب أن يذكروا اسماء الاصول واسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا للقاضي نشهد ان رجلين تعرفهما أشهدانا على شهادتهما ، يشهدان بكذا ، وقالا للقاضي لا نسميهما لك او قالا لا نعرف اسماً لهما ، لم تقبل حتى يسميا لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة .

(ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي ، لانه لا بد من التحميل . وهذا هو ظاهر عند محمد « رح » لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعاً حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع) يعني اشتراكهم في الضمان ان المشهود عليه بالخيار بين تضمين الاصول وبين تضمين الفروع ، فليس معناه ان يقضي بنصف الضمان على الاصول وبنصفه على الفروع ، بل هذا كالغاصب ، وفي الذخيرة لو ضمن الفروع لا يرجعون على الاصول كما في الغصب وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع بخلاف لو ضمن الغاصب حتى يرجع على غاصب الغاصب .

(وكذا عندهما) أي وكذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » لا بد من التحميل . إن كان القضاء مضافاً إلى الفروع حتى وجب الضمان على الفروع ، خاصة عند رجوع الاصول والفروع جميعاً فلا بد من التحميل ، وليس للفروع أن ينقلوا شهادتهم بدون تحميلهم (لأنه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحميل ماهو حجة) أي يظهر بالنقل تحمل ما هو حجة ، ولولا التحميل لم يوجد الفعل والنقل إلى مجلس القاضي حجة حتى يتبين أنهم تحملوا ما هو حجة ، والنقل لا بد له من التحميل والتوكيل. قوله فيظهر

قال ، ولا تقبل شهادة شهود الفروع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً ، أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحكم ، لأن جوازها للحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل . وبهذه الأشياء يتحقق العجز وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة من الأحكام ، فكذا سبيل هذا الحاكم . وعن أبي يوسف « رح » أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة ، لا يستطيع أن يبيت في أهله

بالنصب لأنه جواب النفي ، وهو قوله لا بد . ويجوز أن يكون معطوفاً على قوله ليصير وهذا أظهر .

(ولا تقبل شهادة شهود الفروع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً) قدر الغيبة بمدة السفر لتعلق الأحكام بمدة السفر كقصر الصلاة والإفطار في الصوم وابتداء مسح الخف ، وكتكبيرات التشريق عند أبي حنيفة « رح » والأضحية والجمعة ، وخروج المرأة بلا محرم ، به قال الشافعي « رح » في قول أحمد في رواية (أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه) أي مع المرض (حضور مجلس الحاكم ، لأن جوازها للحاجة) أي لأن جواز الشهادة على الشهادة لأجل حاجة الناس مع أن القياس يأباها (وإنما تمس) أي الحاجة (عند عجز الأصل) أي شهود الأصل .

(وبهذه الاشياء) وهي الموت والغيبة والمرض (يتحقق العجز ، وإنما اعتبرنا السفر) أي مدة السفر في الغيبة (لأن المعجز) اسم فاعل من التعجيز (بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً) أي من حيث الحكم (حتى أدير عليها) أي على مدة السفر (عدة من الأحكام) وهي التي ذكرناها الآن (فكذا سبيل هذا الحكم) أي حكم غيبة شهودالأصل.

(وعن أبي يوسف « رح » أنه) أي الشاهد القرى (إن كان في مكان لوغدا) أي أذهب بكرة النهار (لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله) بعد الرواح من مجلس

صـــح الإشهاد إحياء لحقوق الناس . قالوا الأول أحسن ، والثاني أرفق . وبه أخذ الفقيه أبو الليث . قال ، فإن عدل شهود الأصـــل شهود الفرع جاز ، لأنهم من أهل التزكية ،

القاضي (صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس) وبه قال الشافعي « رح » في قول ، وأحمد « رح » في روايه .

وقال مالك « رح » لو كان بمـــكان لا يلزمه الحضور ، وقال بعض أصحاب مالك لا ينقل في الحدود والأغيبة بعيدة ، فأما اليومان والثلاثة فلا ، إلا المرأة ، فإنه ينقل عنها مع حضورها في البلد . وفي الذخيرة روى عن محمد « رح » أنه يجوز كيف ما كان ، حتى إذا كان الأصل في رواية المسجد ، والفرع في رواية أخرى من ذلك المسجد تقبل ، وقال شمس الأئمة السرخسي والسعدي «رح» في شرح أدب القاضي للخصاف شهادة الفروع والاصول في المصر يجب أن يجوز على قولها ، وعلى قول أبي حنيفة لا يجوز في الفتاوي الصغرى . قال محمد « رح » أقبـــل الشهادة على الشهادة والشهود على شهادتهم في المصر من غير مرض ولا علة .

(قالوا) أي المشايخ « رح » (الأول) أي التقدير بثلاثة أيام (أحسن) لأن العجز شرعاً يتحقق فيه (والثاني) وهو قول أبي يوسف « رح » (أرفق) لأن فيـــه رفيقاً بالناس (وبه) أي وبالثاني (أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله) وكثير من المشايخ «رح» .

(قال) أي القدوري « رح » (فإن عدل شهود والاصل شهود الفرع جاز) بنصب شهود الاصل على المفعولية ، وشهود الفرع بالرفع على الفاعلية ، أي عدل الفروع الاصول جاز باجماع الائمة الاربعة « رض » (لانهم) أي لان شهود الاصل (من أهـــل التزكية) فحينئذ لا فرق بين تزكيتهم وتزكية غيرهم . وذكر الخصاف «رح » يسأل القاضي الفروع عن الاصول ، ولا يقضي قبل السؤال ، فان عدلوهم ثبتت عدالتهم في ظاهر الرواية . وعن محمد « رح » لا تثبت عدالتهم بتعديل الفروع ، لان فيه تقبل بشهادة انفسهم ، والصحيح ظاهر الرواية لان العدل لا يتهم بمثله .

وكـــذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا غاية الأمران فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته . لكن العدل لا يتهم بمثله ، كما لا يتهم في شهادة نفسه ، كيف وإن قوله مقبول في حق نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فــلا تهمة . قال وإن سكتوا عن تعديلهم جاز . وينظر القاضي في حالهم ، وهـــذا عند أبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة . فإن لم يعرفوها ، لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل . ولأبي يوسف « رح » أن المأخوذ عليهم النقل

(وكذا) أي كذا الحكم (إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا)أراد به قوله أنه من أهل التزكية (غاية الامر أن فيه) أي غاية ما يرد فيه من أمر الشهادة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله ، لانه متهم بسبب تعينه أي في تعديله (منفعة له من حيث القضاء بشهادته ، لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه ، كيف وإن قوله) أي لا يصح تعديل الفرع بالاصل والحال أن قوله (مقبول في حق نفسه وإن ردت شهادة صاحبـــه) حتى إذا انضم اليـــه غيره من العدول ، حكم القاضي بشهادتهما ، وإذا كان الأمر كذلك (فلا تهمة) حينئذ .

(قال وإن سكتوا عن تعديلهم) أي وإن سكت الفروع عن تعـــديل الاصول (جاز) أي شهادة الفروع (وينظر القاضي في حالهم) أي في حال شهود الاصل ، يعني بنظر القاضي عن عدالة شهود الاصل عن شهود الفرع (وهذا) أي وهذا المذكور (عند أبي يوسف « رح ») .

(وقال محمد « رح » لا تقبل لانه لا شهادة إلا بالعدالة ، فإذا لم يعرفوها) أي إذا لم يعرف الفروع عدالة الاصول (لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل) كما لو شهدوا على من لا يعرفون عقله (ولابي يوسف « رح » أن المأخوذ عليهم) أى أن الواجب على شهود الفرع (النقل

دون التعديل ، لأنه قد يخفى عليهم . وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا . قال ، وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع ، لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين ، وهو شرط . وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم ، وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها ، فجاء بامرأة ، وقالا لا ندري أهي هذه

دون التعديل لانه) أي لان التعديل (قد يخفى عليهم) فيرجع الأمر إلى القاضي .

(فإذا نقلوا) أى شهادتهم (يتعرف القاضي العدالة) أي يتكلف في السؤال عن عدالتم (كما إذا حضروا) أي شهود الاصل (بأنفسهم وشهدوا) قال القاضى يتعرف عدالتهم فكذا هذا ، وإذا قالوا لا نعرف أن الاصول عدول اولا قال السعدي « رح » وهذا وقولهم لاخبرك سواء فإذا قالوا لا نخبرك لا يقبل القاضي شهادتهم ويسأل من غيرهم عن حال الاصول وهو الصحيح .

(قال) أى القدورى « رح » (وإن أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) وفي الكافي معنى المسألة أنهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضورهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وان لم ينكروا (لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين) أى بين خبر الفروع وخبر الاصول (وهو) أى التحميل (شرط) لصحة شهادة الفروع .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا) أي قال الفرعان (أخبرانا) أى الاصلان (انهما) أى ان الاصلين (يعرفانها) أى يعرفان فلانة (فجاء بامرأة) أى فجاء الفرعان بامرأة ، وقال الاترازى « رح » فجاء بامرأة بتوحيد الفعل ، أى فجاء المدعي بامرأة في بعض النسخ فجاء بلفظ التثنية (وقالا) أى الفرعان (لا ندري أهي هذه) اى فلانة هذه

أم لا ، فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة ، لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ، ولعلها غيرها ، فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ، ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها ، وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه .

(أم لا فإنه) أي فإن الشأن (يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان) بكسر التاء، يقال هات يا رجل أي أعطني ، وللمرأة هاتي بالياء . وذكره الجوهري في الاجوف اليائي وبه قال الخليل (إنها فلانة ، لأن الشهادة على المعرفة) على وزن اسم المفعول من التعريف (بالنسبة قد تحققت) كما تحملوها ، فصح الفعل. ولكن قولهم لا ندري هي هذه أم لا يوجب جرحاً في شهادتهم .

(والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها) أي ولعل المرأة الحاضرة غير تلك المرأة فوجب التوقف (فلا بد من تعريفها) أي من تعريف المرأة الحاضرة (بتلك النسبة) المذكورة وهي أن يأتي المدعي بشاهدين يشهدان أن الحاضرة فلانة بنت فلان الفلانية المعروفة بتلك النسبة .

(ونظير هذا) نظير حكم المسألة المذكورة (إذا تحملوا الشهادة) أي إذا تحملت جماعة الشهادة (ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري) بعدما أنكر أن يكون المحدود بها في يده (لا بد من آخرين يشهدان ان المحدود بها في يد المدعى عليه) توضيحه ما قال العتابي « رح » وغيره نظيره إذا ادعى رجل على رجل محدوداً في يده ، وشهد شهوداً أن هذه الحدود المذكورة بهذه الحدود ، ملك هذا المدعي في يد المدعى عليه بغير حق ، فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود ، فيقال للمدعي هات شاهدين أن الذي في يديه محدودة بهذه الحدود ليصح القضاء .

وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه. قال، وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي، لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل. ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة،

(وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه) قال التمرتاشي «رح» يعني لو قال المدعي أن المذكور بهذه الحدود ملكه في يد المدعى عليه بغير حق، فقال المدعى عليه الذي في يد غيره محدود بهذه الحدود، فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان ان الحدود المذكورة حدود ما في يده ليصح القضاء (كما في كتاب القاضي إلى القاضي) يعني كتب في كتابه شهد عدلان لأن عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلاني كذا، فاقض عليها انت بذلك، فأحضر المدعي امرأة في مجلس المكتوب اليه، ودفع الكتاب اليه وأنكرته أنها فلانة يقول القاضي هات شاهدين يشهدان أن هذه التي أحضرتها هي الفلانية المذكورة بهذا الكتاب تمكن الإشارة اليها في القضاء (لأنه) أي لأن كتاب القاضى إلى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة.

(الا أن القاضي) جواب إشكال مقدر هو أن يقال أن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي سمع الشهادة من الشاهدين ونقل شهادتها بالكتاب، فصار كأنه حضر مجلس المكتوب إليه وشهد. وهناك يشترط اثنان، فلذلك ينبغي أن يشترط في القاضي الكاتب ان يكون اثنين، فأجاب بقوله – إلا أن القاضى ... إلى آخره، تقديره أن القاضى (لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل) فلا يشترط به قاض آخر.

(ولو قالوا) أي الشهود (في هذين البابين) أي باب الشهادة على الشهود وباب كتابة القاضى فلانة بنت فلان (التميمية) أي المنسوبة إلى بني تميم (لم يجز) أي الشهادة (حتى ينسبوا إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة) يعني التي لا خاصة دونها أي المنسوبة، أي الشهادة إلى فخذ الخاصة، يعني التي لا خاصة فوقها.

هـــذا لأن التعريف لا بد منه في هذا ولا يتحصل بالنسبة العامة ، وهي عامة بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون و يحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة.وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة . وقيل السمرقندية والبخارية عامة . وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة

وقال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست ، أولها الشعب ، ثم القبيلة ، ثم الفصيلة، ثم العمارة ، ثم البطن ، ثم الفخذ . وقال في غيره ان الفضيلة بعد الفخذ ، فالشعب بكسر الشين تجمع القبائل ، والقبائل تجمع العمائر ، والعمارة بكسر العين تجمع البطون ، والبطن يجمع الأفخاذ، والفخذ بسكون الخاء لجمع الفضائل خذيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة .

(وهذا) أي عـــدم الجواز (لأن التعريف لا بد منه في هذا ، ولا يتحصل) أي التعريف (بالنسبة العامة وهي) أي التميمية (عامـــة بالنسبة الى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ، ويحصل) أي التعريف (بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة) المصنف فسر الفخذ بالقبيلة الخاصة ، وفسر العتابي بالأب الأعلى الذي ينسب ابوها اليه .

(وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة) أى الفرغاينة نسبة إلى فرغانة بفتح الفاء وسكون الراء وبالغين المعجمة بعدها الف ونون وهاء ، إسم لإقليم فيها وراء النهر وفيها مدن كثيرة وفيها سكك منها أوزجند ، وأشار بهـــذا إلى ان التعريف لا يحصل بالنسبة إلى الاوزجندية ، لأن فرغانة فيها نساء كثير المحـــدت أساميهن وأسامي آباءهن بخلاف الاوزجندية فإنها خاصة لأن اوزجند اسم حارة خاصة .

(وقيل السمرقندية والبخارية عامة) يعني النسبة إلى سمرقند أو إلى بخارى عامة وكل واحدة منها فيها وراء النهر وهما مشهورتان ، والنسبة إلى كل واحدة منها عامة .

(وقيل إلى السكة الصغيرة) أي النسبة إلى السكة الصغيرة (خاصة، وإلى المحلة الكبيرة المصر عامة) حاصل الكلام إلى النسبة إلى ما هي خاصة مبنياً يحصل التعريف بخلاف

ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الحد لأنه اسم الجد الأعلى ، فنزل منزلة الجد الأدنى .

فصـــل[1]

قال أبو حنيفة « رح » شاهد الزور أُشَهِّرُه في السوق ولا أعزره .
وقالا نوجعه ضرباً ونحبسه ، وهو قول الشافعي « رح » .

النسبة إلى ما هي عامة فيها ، حيث لا يحصل التعريف بها لأن المحلة الكبيرة ومصر يشتمل كل منهما على ناس كثيرين يتحد أساميهم واسامي آبائهم ، فلا يحصل التعريف بذلك . وقال الفقيه ابو الليث « رح » لو شهد على فلانة البلخية لا يقع بهذا التعريف ما لم ينسباهـا إلى محلها وسكنها (ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الحـــد لأنه) أي لأن الفخذ (إسم الجد الاعلى) في القبيلة الخاصة (فنزل مـنزلة الجد الادنى) في النسبة وهو أب الأب .

(فصل)

أي هذا فصل في ذكر شهادة الزور ، ذكره بفصل على حدة ، لأن لها أحـــكاماً مخصوصة وآخرها لأن الأصل هو الصدق .

(قال أبو حنيفة شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعـزره) قوله شاهد الزور كلام إضافي مبتدأ ، وقوله أشهره خبره والجملة مقول القول (وقالا) أي أبي يوسف ومحمد«رح» (نوجعه ضرباً) بنون الجماعة وضرباً على التمييز (ونحبسه) كذلك بنون الجماعة (وهو) أي قولهم (قول الشافعي « رح ») وبه قال مالك واحمد « رح » وعامة العلماء «رح» .

---

(١) فصل في شهادة الزور – هامش .

لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه . ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد ، وليس فيها حد مقدر فيعزر ، وله أن شريحاً كان يشهره ولا يضرب ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى بـــه . والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ، ولكنه يقع مانعاً عن

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (ما روي عن عمر رضي الله عنــه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه) هذا رواه ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه في الحدود . حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن مالك أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله بالشام في الشاهد الزور بضرب اربعين سوطاً ويسخم وجهه ، ويحلق رأسه ويطال الحبس . وروى عبد الرزاق « رح » في مصنفه أخبرنا ابن جريج قال حديث عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً ، قوله سخم من التسخيم ومن السخام وهو سواد القدر .

وقال الاكمل « رح » من السخام بالخاء المعجمة أو بالحـاء المهملة من سخم وهو الاسود ثم قال لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لأنه مثلة وهو غير مشروع ، ولا تبليغ التعزير إلى أربعين لان مقصودهما إثبات ما نفاه أبي حنيفة من التعزير بالضرب ، فإنه يدل على ان أصل الضرب مشروع في تعزير ما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة .

(ولأن هذه) أي شهادة الزور (كبيرة) وعدت في الحديث الصحيح من الكبائر (يتعدى ضررها) أي ضرر شهادة الزور (إلى العباد) باتلاف اموالهم (وليس فيها حد مقدر) من حيث الشرع (فيعزر) بالتعزير المذكور .

(وله) أي ولابي حنيفة « رح » (أن شريحاً « رح ») وهو شريح بن الحـــارث الكندي القاضي « رح » (كان يشهره) شاهد الزور (ولا يضرب ، ولان الانزجـــار يحصل بالتشهير فيكتفى به ، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ، ولكنه يقع مانعاً عن

الرجوع ، فوجب التحقيق نظراً إلى هذا الوجه . وحديث
عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين ،

الرجوع) فإنه إذا تصور الضرب يخاف ، فلا يرجع ، وفيه تضييع الحقوق (فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه) .

فإن قلت،قال فيالمبسوط شاهد الزور عندنا هو المقر على نفسه بذلك لأنهلا يتمكن تهمة الكذب إلا في إقراره على نفسه ولا طريق لاثبات ذلك بالبينة عليه ، لأنه نفى الشهادة والبينة للاثبات دون النفي .

وقال شيخ الاسلام « رح » في مبسوطه شاهد الزور هو الذي يقر على نفسه بالكذب متعمداً ، أو يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حياً حتى يثبت كذبه بيقين ، فأما لو قال غلطت أو اخطأت أو اردت شهادة بتهمة او المخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر أصلا . وقال ابو محمد الكاتب « رح » هذه مسألة على ثلاثة اوجه : إما ان يرجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر بلا خلاف وإن رجع على سبيل الإقرار يعزر بالضرب بلا خلاف ، وان كان لا يعلم فعلى الاختلاف .

ثم قال ، لو تاب شاهد الزور هل تقبل شهادته بعد ذلك. فعلى الوجهين إن كانفاسقاً تقبل توبته لأن الذي حمله على شهادة الزور فسقه ، فإذا تاب وظهرت توبته فقد زال فسقه فيقبل ولم يعين في الكتاب مدة ظهور توبته ، فقال بعض المشايخ « رح » سنة وقيل ستة أشهر ، والصحيح انه مفوض إلى رأى القاضي .

أما لو كان مستوراً لا تقبل شهادته أبداً ، وكذا إذا كان عدلاً فشهد بالزور ثم تاب لا تقبل شهادته أبداً على رواية بشر « رح » عن أبي يوسف « رح » . وروى أبو جعفر « رح »عن أبي يوسف« رح »انه يقبل،قالوا والفتوى على هذا، كذاذكره المحبوبي«رح»في جامعه .

(وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة) هذا جواب عما استحجابه منحديث عمر رضى الله عنه بيانه أن عمر رضى الله عنه فعل ذلك على طريق السياسة لا على طريق التعزير (بدلالة التبليغ إلى الأربعين) لانه لو كان علىسبيل التعزير لم يبلغالأربعين لبلوغه

والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح « رح » ، فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر ، أجمع ما كانوا . ويقولون أن شريحاً « رح » يقرأ عليكم السلام ويقول إنا وجدنا هـذا شاهد زور ، فاحذروه وحذروا الناس منه . وذكر شمس الائمـة السرخسي « رح » أنه يشهر عندهما أيضـاً .

حداً في غير حد (والتسخيم) بالجر عطفاً على قوله – بدلالة التبليغ – وهو أيضاً يدل على ما قلنا ولأنه مثلة وهي منسوخة بالإجماع .

(ثم تفسير التشهير منقول عن شريح « رح » فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً وإلى قومه) أي أو يبعثه إلى قومه (إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا) مجتمعين أو إلى موضع يكون اكثر جمعاً للقوم (ويقول (١)) أي الذي يبعثه (أن شريحاً « رح » يقرأ عليكم السلام ، ويقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه) حتى لا يستشهدوا به .

فإن قيل أبو حنيفة « رح » لا يرى تقليد التابعي « رح » حتى روي عنـه أنه قال هم رجال اجتهدوا ونحن رجال يجتهدون وقلنا ذكر في النوادر عن أبي حنيفة « رح » في تقليد التابعي الذي زحم الصحابة رضى الله عنه في الفتوى ، قال أنا أقلده . فعلى هـذه الرواية ظاهر . وعلى ظاهر الرواية قالوا لم يذكر قوله محتجاً به ، وإنما ذكره لبيان أن احتجاجه بتجويز الصحابة ، رضى الله عنهم فعـله فإنه كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضى الله عنهما ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة « رض » ولم ينكره أحد من الصحابة « رض » فحل محل الإجماع وكان احتجاجاً باجماع الصحابة « رض » لا تقليد الشرع .

(وذكر شمس الائمة السرخسي « رح » أنه) أي أن شاهد الزور (يشهر عندهما أيضاً

---

(١) ويقولون – هامش .

والتعزيز والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما ، وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود . وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا ، وقالا يعزران [1] وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك ، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنـه نفي الشهادة ، والبينات للإثبات والله أعلم .

والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمـــد « رح » (وكيفية التعزير ماذكرناه في الحدود.وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا انهما شهدا بزور لم يضربا) يعني عند أبي حنيفة « رح » (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (يعزران وفائدته) أي وفائدة وضع الجامع الصغير بقوله شاهدان أقرا إلى آخره (أن شاهدالزور في حق ما ذكرنا في الحكم هو المقر على نفسه بذلك) أي بالزور، يعني أنه لا يثبت كذب الشاهد إلا بإقراره (فإما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي الشهادة) فلا تسمع (والبينات للاثبات والله أعلم) أي مشروعية البينات لإثبات الاحكام وقد مر الكلام فيه قريب.



---

(١) يضربان – هامش .

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق إنما يثبت بالقضاء . والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا شيئاً على المدعي ولا على المدعى عليه[1] ، فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم ، لان آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقضي

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الرجوع عن الشهادات وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن الرجوع يقتضي سابقة الشهادة لا محالة . قيل ركنه قولى الشاهد شهدت بزور وشرطه أن يكون عند القاضي وحكمه إيجاب التعزير على كل حال ، سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعده، والضمان مع التعزير إن رجع بعد القضاء أو كان المشهود به مالاً وقد أزاله بغير عوض والرجوع عن الشهادة مشروع بالإجماع ، وعن عمر رضى الله عنه الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل .

(قال) أي القدوري (وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) أي الشهادة ولا خلاف فيه (لأن الحق إنما يثبت بالقضاء) أي بالحكم (والقاضي لا يقضي بكلام متناقض) لأن الشاهد لما أكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه، والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز (ولا ضمان عليهما لأنهم ما أتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المدعى عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا)، يعني بعد الحكم (لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله ، فلا ينقضي

(١) المشهود عليه — هامش .

الحكم بالتناقض ، ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به ، وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان. والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ،وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى . ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم

الحكم بالتناقض) لأنه لو اعتبر رجوعه في إبطال القضاء أدى إبطاله إلى مـا لا يتناهى لأنه يأتي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع،فيجب اعادة الرضاء الأول ، كذا في المبسوط (ولأنه) أي ولأن الكلام الآخر (في الدلالة على الصدق مثل الاول) وكلما كان كذلك ساواه واحتيج فيه إلى الترجيح (وقد ترجح الأول باتصال القضاء به) فـــلا ينقض به.

(وعليهم) أي وعلى الشهود (ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان) فقضاء القاضي ، وان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان السبب منهم تعدياً ، فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق (والتناقض لا يمنـــع صحة الإقرار) هذا جواب عما يقال كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلى ما الضمان ووعد تقريره من بعد بقوله (وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى) .

وفي المغني كان أبو حنيفة « رح » اولاً يقول فيما رجع بعد القضاء ينظر إلى حـــال الراجع إن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره حتى وجب عليه التعزير وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة ودونه يجب عليه التعزير ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان عليه وهو قول استاذه حماد « رح » ثم رجع عن هـــذا وقال لا يصح رجوعه في حق غيره وعلى كل حال لا ينقض القضاء ولا يرد المشهود به على المشهود عليه وهو قول أبي يوسف ومحمد « رح » والائمة الثلاثة وذكر شمس الائمـــة السرخسي « رح » في شرح أدب القاضي الخصاف « رح » وروي عن إبراهيم النخعي « رح » أنه كان حال الشهود فذكر مثل ما ذكرناه الآن ... إلى آخره .

(قال) أي القدوري « رح » (لا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) سواء كان هو

لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس، وهو مجلس القاضي أي قاض كان. ولان الرجوع توبة والتوبـــة على حسب الجناية فالسر بالسر، والإعلان بالإعلان. وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليـــه رجوعهما، وأراد يمينهما لا يحلفان. وكذا لا تقبل بينته عليها لانه ادعى رجوعاً باطلاً حتى

الحاكم الأول أو غيره (لأنه) أي لأن الرجوع عن الشهادة (فسخ الشهادة فيختص بمـا تختص به الشهادة من المجلس، وهو مجلس القاضي أي قاض كان) وقال الاكمل « رح » وهذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بمـا تختص به الشهادة وهو ممنوع فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم.

والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية، فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو تثبت في ضمنه فكان من توابعه.

(ولأن الرجوع توبة) أي لان الرجوع عن الشهادة توبة عن جناية الكذب (والتوبة على حسب الجناية، فالسر بالسر، والإعـــلان بالاعلان) فالشهادة كانت بالإعلان والرجوع أيضاً كذلك وهذا اللفظ جاء في حديث معاذ بن جبل رضى الله عنه أن النبي ﷺ بعثه إلى اليمن فقال معاذاً رضى الله عنه أوصني يا رسول الله ﷺ قال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت، واذكر الله تعالى عند كل شجر وحجر، وإذا علمت شراً فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية.

(وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان) لان البينة واليمين يسترتبان على دعوى صحيحه، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة (وكذا لا تقبل بينته) أي بينة المشهود عليـــه (عليهما) أي على الشاهدين (لانه ادعى رجوعاً باطلا) إذ الرجوع في غير مجلس القاضي باطل (حتى

لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمن المال تقبل لان السبب صحيح . قال ، وإذا شهد شاهدان بمال ، فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعدياً. وقال الشافعي «رح» لا يضمنان ، لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة .

لو أقام) أى المشهود عليه (البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) أي بينته (لان السبب صحيح) .

قال الاكمل رحمه الله الضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئاً إلى الآن ويجوز ان يكون للمدعي ، ومعناه طلب من القاضي تضمنه وإلا كف ، واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة أي لان سبب قبول البينة صحيح ، وهو دعوى الرجوع في مجلس حكم ، وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح ، وهو الرجوع عند الحاكم ، وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست بمطابقة للدليل ، فإنها قبول البينة لا وجوب الضمان .

(قال) اى القدوري « رح » (وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ، ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) وبه قال مالك واحمد والشافعي « رح » في القول الاصح ، وعنه في قول لا يضمنان (لان التسبيب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر) وواضع الحجر (وقد سببا) اى الشاهدان (للإتلاف تعدياً) أى من حيث التعدى فوجب الضمان على الشهود .

(وقال الشافعي « رح » لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة) هذا ينتقض بشهود القصاص إذا رجعوا على أصله ، وبالمحرم إذا أمسك صيداً حتى قتله محرم آخر لا يقال أن الشهود لم يوجد منهم إلا مجرد القول ، ومجرد القول لا يوجب الضمان لأنا نقول يبطل ذلك بشهود العتق والطلاق قبل الدخول إذا رجعوا .

قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي ، لانه كالملجأ إلى القضاء . وفي ايجابـــه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب ، وإنمـــا يضمنان إذا قبض المدعي المـــال ديناً كان أو عيناً لان الإتلاف به يتحقق . ولانـه لا مماثلة بين أخـذ العين وإلزام الدين .

(قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي ، لأنه كالملجأ إلى القضـاء) لأن القضاء فرض عليه بما يثبت عنده ظاهراً حتى لو لم يرد وجوب القضاء عليه يكفر ولو رأى ذلك ، ومع هذا أخر القضاء يفسق وإذا كان كالملجأ كان معذوراً في قضائه وإنما قال كالملجأ ولم يقل أنه ملجأ حقيقة ، إذ لو كان ملجأ حقيقة على الحـكم بعد الشهادة لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد إذا ظهر كذبه كما في المكره ، كما هو مذهب الشافعي « رح » ، وليس كذلك ، وهذا لأن الملجأ حقيقة من يخاف العقوبـــة الدنيوية والقاضي إنما يخاف عقوبة الآخرة ، ولا يصير به ملجأ لأن كل واحـد يقيم الطاعة خوفاً من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرهاً ، ولكن لا يجب الضمان على القاضي لأنه غير متعمد .

(وفي إيجابه) أي وفي إيجاب الضمان على القاضي (صرف الناس عن تقلده) أي عن تقلد القضاء ، وفي ذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص (وتعذر استيفاؤه من المدعي) أيضاً (لأن الحـكم ماض فاعتبر التسبيب) لأن الشهود صاروا لأجله سبباً لإزالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعتق ثم رجعوا (وإنما يضمنان) أي الشاهدان (إذا قبض المدعي المال) سواء (ديناً كان أو عيناً ، لأن الإتلاف به) أي بالقبض (يتحقق) وفي ذلك لا يتفاوت بين العين والدين ، وهو اختيار شمس الائمة « رح » ، وفرق شيخ الإسلام خواهرزادة « رح » بين العـــين والدين ، فقال إن كان المشهود به عيناً يضمن للمشهود عليه قبض المدعي العين أولا ، وإن كان المشهود به ديناً يضمنه إذا استوفاه المدعى عليه . (ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين) بيان ذلك أنهما إذا لزما دينـــاً بشهادتهما

قال ، فإن رجع أحدهما ضمن النصف ، والاصـــل أن المعتبر في هذا إبقاء من بقي لا رجوع من رجع ، وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق . وإن شهد بالمال ثلاثة ، فرجع أحدهم ، فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهذا لان الإستحقاق باق بالحجة،

فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعي كان قد استوفى منهما عيناً بمقابلة دين ، ولا مماثلة بينهما. وقال الاترازي يعني أن المشهود به إذا كان ديناً لم يستوفه المشهود له لا يجب الضمان على الشهود ، لأن الضمان يعتمد على المماثلة ، ولا مماثلة بين العين والدين .

(قال) أي القدوري « رح » (فإن رجع أحدهما) أي أحـــد الشاهدين (ضمن النصف) أي النصف المشهود به (والأصل) هنا ما ذكروا في شرح الجامع الكبير (أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع ، وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق) لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين ، وما زاد فهو فضل في حق القضاء ، إلا أن الشهود إذا كانوا اكثر من الإثنين يضاف القضاء ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حـالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وجلت إضافة القضاء إلى الشيء.

وعلى هذا إذا رجع أحد الإثنين ضمن النصف لأنه بقي من شهادة من بقي نصف الحق. فإن قيل لا نسلم ذلك وأن الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء به ابتداء فكذا بقاء . اجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للاثبات مـــا لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب ، فإن بعضه لا يصلح في الابتـــداء لإثبات الوجوب ، ويصلح في البقاء بقدره .

(وإن شهد بالمال ثلاثة ، فرجع واحد[1] منهم فلا ضمان عليه) أي على الراجع (لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق) وبه قال مالك « رح » في رواية ، والشافعي « رح » في قول وقال أحمد يغرم ثلث الحق وبه قال الشافعي في قول آخر ، ومالك « ر ح » (وهذا) يعني عدم الضمان على الثالث الذي رجع وقال الاترازي وهذا إشارة إلى قوله لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (لأن الاستحقاق) أي المدعي للشهود به (باق بالحجة) التامة .

---

(١) أحدهم ـــ هامش.

والمتلف متى استحق سقط الضمان ، فأولى أن يمتنع . فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق[1] لان ببقاء أحدهم ، يبقى نصف الحق . وإن شهد رجل وامرتان ، فرجعت امرأة ، ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي ، وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق . وإن شهد رجل وعشر نسوة ، ثم رجع ثمان فقط فلا ضمان عليهن، لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ،

(والمتلف متى استحق سقط الضمان) أي عن المتلف بكسر اللام صورته فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ، ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف (فأولى أن يمتنع) أي الضمان من الراجع لأن ابتداء استحقاق التلف يسقط الضمان ، فبقاؤه أولى أن يمنع لأن المنع أسهل من الدفع .

(فإن رجع آخر) أي من الثلاثة (ضمن الراجعان نصف المال (١) لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق) هذا ايضاً بناء على الاصل المتقدم لأن العبرة لما كان لبقاء من بقي كان الباقي نصف الحق ، فإذا بقي نصف الحق كان الثالث بالرجوع نصف الحق لا محالة فيضمنه الرجعان لأن أحدهما ليس أولى من الآخر ، فكان ضمان النصف عليهما على السواء ، فإن قيل ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأن التلف إنما أضيف إليه قلنا التلف مضاف إلى المجموع ، إلا أن برجوع الاول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء من بقى ، فإذا رجع الباقي ظهر أن التلف بهما .

(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وإن رجعتا) أي المرأتان (ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق . قال) أي القدوري « رح » (وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان) من النساء (فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق) وبه قال مالك والشافعي

---

(١) الحق— هامش .

فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق ، لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقيـــة ، فبقي ثلاثة الارباع . وإن رجـــع الرجـل والنساء فعلى الرجـل سدس الحق ، وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة « رح » . وقـالا على الرجـــل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد، ولهـذا لا يقبل شهادتهن ، إلا بانضمام رجل . ولابي حنيفة « رح » أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد . قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد ،

« رح » في قول ، وقال أحمد « رح » يجب عليهن أربعة أسدسة من الضمان ، وبه قـــال الشافعي « رح » في الاصح (فإن رجعت أخرى كان عليهن) أي على تسع نسوة (ربـع الحق) وبه قال مالك « رح » والشافعي « رح» في قول (لانه بقي النصف بشهادةالرجل والربـع) أي ربـع الحق (بشهادة الباقية فيبقى [1] ثلاثة الارباع وإن رجع الرجـــل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عنـــد أبي حنيفة « رح») وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » .

(وعندهما [2]) أي وعند أبي يوسف ومحمد « رح » (على الرجل النصف وعلىالنسوة النصف) وبه قال أبو العباس«رح»من أصحابالشافعي « رح » (لانهن وإن كاثرن يقمن مقام رجل واحد ، ولهذا لا يقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل) معهن فلا تقبـل شهادتهن وحدهن ، فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين ، فصار الضمان على الرجـــل والنسوة إنصافاً .

(ولابي حنيفة « رح » أن كل أمرأتين قامتا مقام رجل واحد ، قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنين منهن بشهادة رجل واحد)

---

(١) فبقي– هامش.   (٢) قالا – هامش .

فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ، ثم رجعوا ، فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا.ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا ،فالضمان عليهما دون المرأة، لان الواحدة ليست بشاهدة ، بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم . قال وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا ، فلا ضمان عليهما . وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف ،لأن التضمين يستدعي المماثلة على ماعرف ،

أخرج البخاري « رح » من حديث أبي سعيد الخدري « رح » أن رسول الله ﷺ قال يا معشر النساء ... الحديث ، وفيه اما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل بشهادة رجل الحديث (فصار) يعني إذا كانت امرأتان كرجل صار (كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعا ، فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل ، كان عليهن نصف الحق على القولين) أي على قول أبي حنيفة « ر ح » وقول صاحبيه « رح » (لما قلنا) أن المعتبر هو بقاء من بقي، فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق .

(ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما) أي على الرجلين (دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليـــه) أى إلى بعض الشاهد (الحكم) لأن القضاء يضاف إلى شهادة رجلين دون المرأة .

(قال) أى القدورى « رح » (وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما) أى على الشاهدين (وكذا إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة) فلا تكون مضمونة (وقت [1] الإتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة) أى لاضمان عليهما ، وعند الائمة الثلاثة « رح» يضمنان لها ما زاد على ما شهدا إلى تمام مهر المثل (على ما عرف) يعني بالنصف وهو قوله تعالى ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما

---

(١) عند _ هامش .

وإنمـــا تضمن وتتقوم بالتملك ، لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل . وكذلك إذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ، ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض . وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ، ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض . قال وإن شهدا ببيع شيء بمثـــل القيمة أو أكثر ، ثم رجعـــا لم يضمنا

اعتدى عليكم ﴾ ١٩٤ البقرة ، ولا مماثلة بين العين والمنفعة التي هي العوض ، أعني منفعة البضع ، فلا يجب الضمان كما في إتلاف سائر منافع المغصوب حيث لا يجب الضمان عندنا خلافاً للشافعي .

(وإنما تضمن) جواب عما يقال لو لم يكن المنافـــع متقومة لكانت بالتملك بذلك فأجاب بقوله وإنما تضمن أي المنافع (وتتقوم بالملك [1] لانها) أي لان المنافـع (تصير متقومة ضرورة الملك إبانة) أي إظهاراً (لخطر المحل) حتى يكون مصوناً عن الابتذال (وكذلك) أي لا ضمان (إذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف) كما لو شهد بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان (وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة) معناه لعدم المماثلة بينهما وهو معنى قوله (ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها) أي الزيادة (من غـــير عوض) وهو يوجب الضمان .

(قال) أي القدوري «رح» (وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو اكثر ثم رجعا لم يضمنا)

---

(١) التملك — هامش .

لأنه ليس بإتلاف معنى نظراً إلى العوض . وإن كان بأقـــل من القيمة ضمنا النقصان ، لأنهما أتلفا هـــذا الجزء بلا عوض ، ولا فرق بين أن يكون البيـع باتـــاً أو فيه خيار البائع ، لأن السبب هو البيـع السابق ، فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه ، فيضاف التلف إليهم .

قال الكاكي « رح » هـــذا إذا كان المدعي هو المشتري ، ولو كان المدعي هو البائـــع بأن ادعى رجل أنه باع عبده منه بألف درهم والمشترى ينكر ، وقيمـة العبد خمسمائة وشهدا بذلك ثم رجعا يضمنان خمسمائة ولو كان المشترى يدعى المبيع بخمس مائة والعبد يساوى ألف درهم فشهد المشتري ثم رجعا يضمنان للبائـــع خمس مائة ، ذكره في شرح الطحاوي (لأنه ليس بإتلاف معنى) أى من حيث المعنى (نظراً إلى العوض) لانهمـــا لما أخرجا البيع من ملكه فقد أدخلا في ملكه بإزائه مثله (وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان) أى للبائع إن كان المدعي هو المشترى (لانهما أتلفا هذا الجزء بغير [1] عوض) أى الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض .

(ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائـــع ، لأن السبب هو البَيع السابق) أى لان السبب المزيل للملك هو العقد السابق على مضي المـدة أو على سقوط بمضي المدة (فيضاف الحـكم) وهو زوال الملك (عند سقوط الخيار اليه) أى إلى ذلك السبب وقد حصل سبب الزوال بشهادة الشهود (فيضاف التلف اليهم) يجب عليهم ضمان النقصان . وقال الاترازي « رح » هذا الذي ذكره جواب سؤال بأن يقال ينبغي أن لا يجب الضمان على الشاهـــدين إذا شهدا بالبيع بشرط الخيار لانهما لم تبلفا شيئاً على البائع لانهما اثبتا البيع بشرط الخيار والبائع لم يزل ملكه عن البيع بعد وانما يزول إذا مضت المدة وهو ساكت ، فإذا سكت عن الرد كان راضياً بزوال ملكه ، فكيف يجب الضمان على الشهود حينئذ ، فقال لان السبب هو السابق ... إلى آخره .

---

(١) بلا — هامش .

وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ، ثم رجعا ضمنا نصف المهر ، لأنهما أكدا ضماناً على شرف السقوط . ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً ، ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ ،

(وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ، ثم رجعا ضمنا نصف المهر) وبه قال أحمد « رح » ومالك رحمه الله في رواية ابن القاسم « رح » والشافعي رحمه الله في رواية الربيع عنه ، وقال الشافعي «رح» في رواية المزني عنه يضمن مهر المثل لأن البضع عنده متقوم دخولاً وخروجاً ، وقال مالك « رح » في رواية أشهب عنه لا ضمان على الشهود (لانهما) أى لان الشاهدين (أكـــدا ضماناً على شرف السقوط) بارتدادها وتقبيلها ابن زوجها وهو معنى قوله (الا ترى أنها) أى أن المرأة (لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا) أى لانه حينئذ يسقط عنه جميع المهر ، والتـــأكيد شبهة بالايجاب ، ولهذا إذا أكره الرجل على طلاق امرأته قبل الدخول بها ، كان له أن يرجع بنصف المهر على الذي اكرهه .

(ولأن الفرقة قبل الدخول) أى قبـــل دخول الزوج عليها (في معنى الفسخ) يعود المبدل وهو البضع اليها كما كان فصار بمنزلة الفسخ قبل قبض المبيع وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ ، لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ ، لكن لما عاد المبدل اليها قبل الدخول كما كان صار بمنزلة الفسخ ، فيكون وجوب نصف المهر ابتداء بشهادتهما ، وإنما قال النكاح بعد اللزوم لا تقبل الفسخ لانه قبل اللزوم يقبله ، كما لو نكح الصغيرة أخوه ، فلها خيار الفسخ بعـــد البلوغ لما أن النكاح لم يقع لازماً ، وإنما قيد قبـــل الدخول لانه لو طلقها بعد الدخول لم يجب شيء عليهما بالرجوع عندنا ومالك « رح » وأحمد رحمه الله .

وعند الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل عليهما والمسألة مشهورة . وفي الكافي لوشهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد موته غرما لورثته نصف المهر ، ولم ترث لانا حكمنا

فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة ، فكان واجباً بشهادتهما . قال ، وإن شهدا على أنـــه أعتق عبده ثم رجعا ، ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليـه من غير عوض ، والولاء للمعتق ، لأن العتـــق لا يتحول إليهمـا بهذا الضمان ، فلا يتحول

بالبينونة قبل الموت في حال الحياة ، ولو شهدا بعد موت الزوج انه طلقها قبل الدخول في حياته ، ثم رجعـا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمرأة نصف المهر والميراث وبه قال مالك « رح » .

(فيوجب) أى الفرقة (سقوط جميع المهر كمـا مر في النكاح) أى في باب المهر عند قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة ، وهي التي طلقها قبل الدخول بهـا وقد سمى لها مهراً . وفي التحفة ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ، وقد دخل بها وقضى القاضي ثم رجعا يضمنان الامان أو على مهر المثل لان بقدر المهر إتلاف بعوض وهو استيفاء منافع البضع لان قبـــل الدخول إن كان المهر مسمى ضمنا النصف وان لم يكن مسمى يضمنان المتعة لان ذلك تلف بشهادتهما ولم يحصل له بمقابلته عوض .

(ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة) ولهذا لا يجمع بينهما وبين مهر المثـل . حاصل الكلام أن نصف المهر انما يجب في الطلاق قبل الدخول ابتداء على طريق المتعة وقد ألزمه الشاهدان على الزوج ولم يكن واجب عليه (فكان واجبـــاً بشهادتهما) فوجب الضمان عليهما كما إذا شهدا بمال فقضى به ثم رجعا .

(قال) أى القدوري « رح » (وإن شهدا على انه أعتق عبده ، ثم رجعـــا ضمنا قيمته) أى قيمة العبد ، ولا خلاف فيه موسرين كانا أو معسرين (لانهما أتلفا مالية العبد عليه) أى على مولى العبد (بغير [1] عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول إليهما) أى إلى الشاهدين (بهذا الضمان) لانه مما لا يحتمل الفسخ، فإذا كان كذلك (فلا يتحول

---

(١) من غير — هامش .

الولاء إليهما . وإن شهدوا بقصاص، ثم رجعوا بعـــد القتل ضمنوا الدية ، ولا يقتص منهم . وقـال الشافعي « رح » يقتص منهم لوجود القتـــل منهم تسبيباً ، فاشبه المكره بـل أولى ، لأن الولي يعـــان

الولاء اليهما) لان الولاء لمن اعتق فإن قيـــل ينبغي أن يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق ، قلنا صار مكذباً شرعا بالقضاء ، لان القاضي لما قضى عليه بالعتق تبعه بالولاء.

وفي المبسوط لو شهدا أنه دبره فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقضه التدبير لان ملك المالية للموصي ينتقض بالتدبير فيضمنان النقصان . ولو شهدا بالكتابة فقضى بذلك، ثم رجعا ضمنا قيمة العبد ، ويتبعان المكاتب ببدل الكتابة على نحوهما ، لانهما قاما مقـام المولى في ذلك حتى ضمنا قيمته ، وبه قال مالك « رح » وهكذا قال في المدبر .

وقال أحمد « رح » في المكاتب يرجع بالنقصان ولا يعتق المـكاتب حتى يؤدى ماعليه اليهما ، فإذا أداه اليهما ، فالولاء للذى كاتبه .ولوعجز ورد إلى الرق كان لمولاه لان رقبته لم تعد مملوكة لهما ، ولو شهدا بإقرار المولى أن أمته أم ولده والمولى ينكر ، فقضى بذلك ثم رجعا ، فإن لم يكن معها ولد ضمنا نقصان قيمتها ، وبه قال احمد رحمه الله وقال مالك « رح » ضمنا قيمتها للمولى .

(وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنا الدية) وبه قال ابن القاسم المالكي « رح » (ولا يقتص منهم) أى من الشاهدين (وقال الشافعي رحمـه الله يقتص منهم) وبه قال أحمد وأشهب المالكي « رح» (لوجود القتل منهم تسبيباً) أى من حيث السببية (فاشتبه المكره) بكسر الراء ، أى فأشبه المسبب ها هنـا وهو الشاهد المكره . قال الأكمل « رح » وهو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل أو أشبه القاضي المكره ، لأنـــه كالملجأ بشهادتها حتى لو لم ير الوجوب كفر إن كان اسم مفعول وقبل اشبهه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجأ إلى القتل (بل اولى) أي التشبيه ها هنا أولى من الاكراه لأن التشبيه موجب من حيث الإفضاء ، والإفضاء هاهنـــا اكثر (لأن الولي يعان) على

والمكره يمنع . ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد . وكذا تسبيباً لأن السبب ما يفضي إليه غالباً . وهـا هنا لا يفضي، لأن العفو مندوب ، بخلاف المكره لأنـه يؤثر حياته ظاهراً ، ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة

الاستيفاء (والمكره) بفتح الراء (يمنع) لأن الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولي بمنزلة المكره بفتح الراء .

(ولنا أن القتل مباشرة) أى من حيث المباشرة (لم يوجد وكذا) أي وكذا لم يوجد (تسبيباً) أى من حيث السببية وكل واحد من قوله مباشرة وتسبيباً نصب على التمييز لما قدرنا (لأن السبب ما يفضى إليه غالباً ، وها هنا لا يفضى) فيما نحن فيه (لأن العفو مندوب) من الولي . قال الله تعالى ﴿ وأن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ ٢٣٧ البقرة (بخلاف المكره) بفتح الراء (لأنه يؤثر حياته ظاهراً) والإكراه يفضى إلى القتل غالباً .

وفي الكافي وقوله في الهداية ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد ، إلى قوله لأنه يؤثر حياته ظاهراً ، مشكل لأن الأمر على القلب والظاهر أن الولى يقدم على القتـل لكونه مباحاً ، وبه يدرك تارة ، والظاهر أن المكره لا يقتل لأنه لا يباح له قتله ،ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الفوت،أجيب عنه بأنه إنما قال الشيخ ظاهراً بالنظر إلى حال المسلم المتدين لأنه لا يلحقه بعفوه ضرر بنفسه وماله ويحصل له للأجر الكثير . فأمـا المكره يختار حياته بأدنى رخصة في الشرع ، وترجحه على حياة غـيره ، واحتمال الفوت نادر ، وعلى تقدير لحوق الفوت لم يبق الاكراه وكلامنا في الإكراه.

(ولأن الفعل الاختياري) هذا جواب عما يقال ظهور إيثار حياته إما أن يكون شرعاً أو طبعاً ، فالأول ممنوع لان المسلم مندوب إلى الصبر على القتل ، فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ، ولكنه معارض بطبع ولي المقتول ، فإنه يؤثر السعي في القصاص ظاهراً ، فأجاب المصنف « رح » بطريق التبدل فقال – ولأن الفعل الاختياري – يعني سلمنا أن ثمة سبب ولكن الفعل الاختياري (مما يقطع النسبة) أى نسبة ذلك العقل إلى

ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف . قال وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم ، فكان التلف مضافـــاً إليهم .

غيره ، والفعل ها هنا وهو القتل وجـــد من المولى باختياره الصحيح ، فيقطع نسبته إلى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته إلى الشهود ولكن من شبهة هو معنى قوله :

(ثم لا أقل من الشبهة) أي لا أقل أن يورث شبهته ، أى شبهة قطع النسبة (وهي دارئة للقصاص) أي مـــانعة من القصاص ، وقال تاج الشريعـة « رح » ولأن الفعل الاختياري .. إلى آخره ، وهو قتل الولى يعني بعد الشهادة وحكم القاضي ، وجد فعل الولي وهو ذلك مختار ، فيقطع النسبة عن الشهود كما إذا اشتكى انسان كلبـــاً على آخر فخرق ثوب المشكى عليه لا يضمن المشكي شيئاً ، لأن الخوف فعل إختياري من الكلب فيقطع النسبة عن المشكي، وكمن فتح باب القفص حتى طار الطير ، بخلاف المكره فإنه وإن كان مختاراً لكنه فاسد الاختيار ، فصار كالآلة ، بخلاف شق الذق بعدم إمـــكان الإضافة إلى المائع لعدم الاختيار .

(بخلاف المال) أي الدية (لأنه) أي لأن المال (يثبت مع الشبهات) فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها . فإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية ،فان رجع الولي معهما ، أو جاء المشهود بقتله حياً فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين ، أو تضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة ، والشاهدين حكماً ، فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء ، وإن ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول أبي حنيفة « رح » خـــلافاً لهما

(والبـــاقي يعرف في المختلف) أي في مختلف الرواية تصنيف الفقيه أبو الليث « رح » لا مصنف علاء الدين العالم .

(قال) أى القدوري « رح » (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) يعني إذا رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا المشهود به (لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم ، فكان التلف مضافاً اليهم) فوجب عليهم الضمان .

ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم تشهد شهود الفرع على شهادتنا ، فلا ضمان عليهم ، لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد . ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل ، فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء . وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا ، وهذا عند محمد « رح » وعند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا ضمان عليهم ، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم .

(ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم تشهد شهود الفرع على شهادتنا ، فلا ضمان عليهم لانهم أنكروا السبب وهو الإشهاد) وبه قالت الائمة الثلاثة ، وعن أحمد « رح » في وجه يضمنون كالمرتهن (ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل) للصدق والكذب ، فلا يبطل القضاء بالاحتمال (فصار كرجوع الشاهد) أي شاهد الاصل كما لو شهد بنفسه وقضى القاضي بشهادته ، ثم رجع لا يبطل القضاء بالرجوع ، فكذا لا يبطل بانكار الاشهاد (بخلاف ما قبل القضاء) يعني إذا أنكر شهود الاصل الاشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضي القاضي بشهادة الفروع بعد ذلك ، كما إذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضي بذلك .

(وإن قالوا) أي الاصول (أشهدناهم وغلطنا ضمنوا) أي الاصول (وهذا) أي وجوب الضمان (عند محمد « رح » وعند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضى بما يعاين من الحجة وهي) أي الحجة (شهادتهم) فالمسألة ذكرها القدوري « رح » ولم يذكر الخلاف ، وذكره المصنف « رح » ومثل ما ذكره ذكر شرح الطحاوي وعامة شروح الجامع الكبير والشامل . وقال شمس الائمة السرخسي « رح » في شرح أدب القاضي ، وروى محمد « رح » عن أصحابنا أنه لا شيء عليهم . وروى أبو يوسف « رح » عن أبي حنيفة « رح » في الإملاء أن عليهم ضمان ذلك عاماً في ظاهر الرواية ، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا يضمنون ، وعلى قول محمد « رح » يضمنون كما روى أبو يوسف « رح » في الإملاء .

وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول ،فصار كأنهم حضروا. ولو رجع الأصول والفروع جميعاً، يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير ، لأن القضاء وقع بشهادتهم . وعند محمد « رح » المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول ،وإن شاء ضمن الفروع ،لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا ،وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر ، فيتخير بينهما . والجهتان متغايرتان ، فلا يجمع بينهما في التضمين .

(وله أن) أي ولمحمد « رح » (الفروع نقلوا شهادة الاصول، فصار كأنهم حضروا) وشهدوا ثم حضروا ورجعوا (ولو رجع الاصول والفروع جميعاً فعندهما) أى فعند أبي حنيفة وأبي يوسف«رح»(يجب الضمان على الفروع لا غير، لان القضاء وقع بشهادتهم) وهذا لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة في مجلس القاضي ، وإذا وجـــد من الفروع فيجب عليهم الضمان عند الرجوع .

(وعند محمد « رح » المشهود عليه بالخيـــار إن شاء ضمن الاصول ، وإن شاء ضمن الفروع ، لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا) أى أبو حنيفة وأبو يوسف « رح » وهو ان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة ، وهي شهادتهم . (وبشهادة الاصول) أى القضاء وقع بشهادة الاصول (من الوجه الذي ذكر) أي محمد «رح» وهو قوله ـ إن الفروع نقـلوا شهادة الاصول ـ (فيتخير بينهما) أي يتخير المشهود عليه في التضمين بينهما ، أى بـــين الوجهين إن شان ضمن الاصول ، وإن شاء ضمن الفروع على مذهب محمد رحمه الله .

(والجهتان متغايرتان) هذا جواب عما يقال لم لا يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف التلف ، وتقريره أن الجهتين متغايرتان ، لأن شهادة الاصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما (فلا يجمع بينهما) أي بين الأصول والفروع (في التضمين) بأن يقال يضمن الفريقان حق المدعى عليه ايضاً قابل له الخيـــار وفي تضمين أي الفريقين شاء .

وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في ذلك لم يلتفت إلى ذلك ، لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ، ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع . قال وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا ،وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يضمنون لانهم أثنوا على الشهود خيراً ، فصاروا كشهود الإحصان . وله أن التزكية إعمال للشهادة ، إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية ، فصارت بمعنى علة العلة ،

(قال) أي القدوري « رح » (وإن قال شهود الفرع كذب شهود **الأصل** أو غلطوا في ذلك لم يلتفت إلى ذلك) أي إلى قولهم ، وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما ، ولم يكن مهماً ضمان ذلك ، لانهما يقران على غيرهما بأنهما كذبا ، فلا يقبل قولهما فيه (لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم ، وإنما شهدوا على غيرهم بالرجوع) وذلك لا يفيد شيئاً .

(قال) أي القدوري « رح » (وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) لم يذكر القدوري فيه الخلاف ، وقال المصنف رحمه الله (وهذا عند أبي **حنيفة** « رح ») وبه قال مالك وأحمد « رح » (وقالا لايضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيراً) ولم يشهدوا بحق (فصاروا كشهود الإحصان) إذا شهدوا بإحصان المشهود عليه ، فإذا رجعوا بعد ذلك لا يضمنون .

(وله) أي ولابي حنيفة « رح » (أن التزكية إعمال **للشهادة**) أي هي التي تميز الشهادة ويعمل بها (إذ القاضي لا يعمل بها) أي بالشهادة (إلا بالتزكية فصارت) أي التزكية (في معنى علة العلة) والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة ، وإنما قال في معنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلة ، وإنما هي سبب أضيف الحكم إليه لتعذر الاضافة إلى العلة .

بخلاف شهود الإحصان لانه شرط محض . قال ، وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ، ثم رجعوا ، فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض . ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ،

(بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض) لان الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة ، وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجباً والحاصل أن الاحصان ليس فيه معنى العلة ، لان الاحصان علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعد الاحصان ، فلا يتوقف بثبوت الزنا على ثبوت الإحصان. ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية فظهر الفرق . ولو رجع شهود الإحصان لم يضمنوا عندنا وعندالشافعي في قول ، ومالك « رح » في رواية ، وأحمد « رح » في رواية ، سواء رجعوا مع الشهود أو وحدهم ، وقال زفر « رح » والشافعي في قول ومالك في رواية وأحمد « رح » يضمنون .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان) أي وشهد شاهدان آخران (بوجود الشرط) بيانه اذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران أنه دخل الدار ، وقضى القاضي بعتقه (ثم رجعوا فالضمان) أي ضمان قيمة العبد أو ضمان العبد (على شهود اليمين خاصة) لفظ خاصة احتراز عن قول زفر « رح » فإن الضمان عنده على الجميع (لانه) أي لان اليمين (هو السبب ، والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض) لان السبب إذا صلح لإضافة الحكم اليه لا يضاف إلى الشرط ، كحافر البئر مع الملقي ، فإن الضمان عليه دون الحافر ، ثم أوضح المصنف « رح » ذلك بقوله .

(ألا ترى أن القاضي يقضى بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط) يعني ان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها ، وإن لم يشهد بالدخول ، وان لم يتعلق بشهادتهم حق صاروا كشهود الاحصان ، فلا يلزمهم الضمان كذا في شرح الاقطع .

ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ « رح » فيه .
ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول .

(ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ « رح » فيه) وقال شمس الائمة السرخسي « رح » إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط . وفي المبسوط ظن بعض مشايخنا أن شهود الشرط يضمنون بالرجوع فيا إذا كان اليمين ثابتاً بإقرار الولي ، وقالوا لان العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها ، لانها ليست تنفـــذ ، فيكون الحكم مضافاً إلى الشرط إذ الشرط يخلف العـــلة ، وهو غلط ، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون نص عليه في الزيادات لان قوله أنت حر مباشرة للاتلاف عند وجود المباشرة يضاف الحكم اليه لا إلى الشرط سواء كان الشرط بطريق التعدى أو لا .

(ومعنى المسألة) يريد به صورة المسألة (يمين العتق والطلاق قبـل الدخول) يعني شهد رجلان على أنه علىعتق عبده أو طلاق امرأته بدخول الدار ، وشهد آخران أنـــه وجد الشرط ، فقضى القاضيبوقوع العتق والطلاق ، ثم رجعوا جميعـــاً ، فالضمان على شهود اليمين دون الشرط لما قلنا ، وإنما قيد بقوله قبـــل الدخول ، لان رجوع الشهود بالطلاق عن الشهادة إذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئاً والله أعلم .



كتاب الوكالة

(كتاب الوكالة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوكالة وجه المناسبة بينه وبين كتاب الشهادات من حيث أن كلا منهما إعانة الغير واجباً حقه . والوكالة بكسر الواو وفتحها ، التفويض والتسليم من وكل اليه الامر إذا فوضه اليه . ويقال الوكالة لغة الحفظ ، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى بمعنى الحافظ ، وهو اسم للتوكيل من وكله ، يوكله ، توكيلا . والتوكيل إظهار العجز والاعتماد على الغير ، والإسم التكلان ، والوكيل القائم بما فوض إليه ، والجمع الوكلاء فعيل بمعنى مفعول ، ومعناها شرعاً إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وركنها لفظ وكلت وأشباهه .

وروى بشر عن أبي يوسف « رح » إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أوهويت أو رضيت ، أو شئت ، أو أردت ، فذلك توكيل وأمر بالبيع ، وشرطها أن يملك الموكل تصرفاً ويلزم الاحكام ، كما سيجيء إن شاء الله تعالى ، وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه ، وصفتها انه عقد جائز ، يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه ، وسببها ما هو السبب في سائر المعاملات ، وهو تعلق بناء المقدور تعاطيها ، ومشروعيتها بالكتاب هو قوله تعالى ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ﴾ ١٩ الكهف ، ولم يلحقه النكير .

وبالسنة وهو ما روى أن النبي ﷺ وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي به ايضاً ، وعمرو بن أميه بقبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان ، وأما رافع بقبول نكاح ميمونة ، وباجماع الامة على جوازها من لدن رسول الله ﷺ الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه ، إذ الإنسان قد يعجز عن حفظ ماله عند خروجه للسفر ، وقد

قال ، كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره ،

يعجز عن التصرف في ماله إما لقلة هديته أو لكثرة أشغاله أو لكثرة ماله ، أو لضعفه أو لوجاهته لا يتولى الامور بنفسه فاقتضى هذا المعنى جوازها .

قال أي القدوري « رح » (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز ، واعترض عليها بأنها غير منطردة منعكسة .

أما الأول فلأن الإنسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل وتبع على المستقرض الذي هو الوكيل لا على الموكل ، والوكيل يعقد بنفسه ، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز له . والذي اذا وكل مسلماً في الخمر لم يجز ، وجاز أن يعقد الذي بنفسه فيها .

وأما الثاني فان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراءها بنفسه ولو وكل ذمياً بذلك جاز عند أبي حنيفة رضى الله عنه .

والجواب عن الاول أن محل العقد من شروطه كون المحال ملك مشروطاً كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالأستقراض ، لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل .

وفي الذخيرة ولو أخرج الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة ، بأن قال فلان يستقرض منك كذا ، ففعل المقرض تكون الدراهم للآمر حتى لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه ، ولو أخرج الكلام مخرح الوكالة بأن قال أقرضني عشرة فالعشره للوكيل وله أن يمنعها من الآمر ، لان التوكيل بالاستقراض باطل ، بخلاف الرسالة ، والمراد من قوله أن يعقده بنفسه هو ان يكون مستبداً به ، والوكيل ليس كذلك ، والذي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكيل المسلم عنه ليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكيل وإن صح التوكيل فقد وجد المانع ، وهو حرمة اقتراضه منها .

والجواب عن الثاني بأن العكس غير لازم وليس بمقصود .

لان الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه ، على اعتبار بعض الاحوال ، فيحتاج إلى أن يوكل به غيره ، فيكون بسبيل منه دفعاً للحاجة . وقد صح أن النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام

(لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال) بأن يكون مريضاً أو شيخاً فانياً أو ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه . والتوكيل صحيح بدون هذه العوارض لان حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المسنة ، وبهذا يجاب عما قيل بأن قوله – لان الانسان قد يعجز – دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة . وان لم يكن ثمة عجز أصلا وتقرير الجواب كان ذلك بيان حكمة الحكم ، وهي تراعى في الجنس لا في الإفراد ، ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام ، وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة ، وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط وهو الحاجة وقد يوجد بلا عجز (فيحتاج إلى أن يوكل به غيره فيكون بسبيل منه) أي من التوكيل (دفعاً للحاجة) أي لأجل دفع الحاجة .

(وقد صح أن النبي ﷺ وكل بالشراء حكيم بن حزام « رح ») هذا رواه أبو داود في سننه حدثنا محمد بن كثير عن سفيان ، حدثني أبا حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشترى له أضحية ، فاشتراها بدينار فباعها بدينارين ، فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته ، وفي إسناده مجهول ورواه الترمذي.

حدثنا أبو كريب عن أبي حفص عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام فذكره وقال لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وحبيب لم يسمع عندي عن حكيم انتهى . وهكذا كما رأيت رواية أبي داود فيه مجهول ورواه الترمذي منقطع فكيف يكون صحيح حتى يقول المصنف وقد صح ولكن يمكن أن استدل هنا بحديث عروة البارقي فإن البخاري أخرجه في صحيحه عن علي بن عبدالله عن سفيان عن شعيب عن غرفة قال سمعت الحي يتحدثون عن عروة عن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشترى به شاة ، فاشترى له به شاتين

فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة ، فدعى له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه .

فإن قلت ، قالوا البخاري « رح » بما أخرجه بغير الاحتجاج به وذكروا فيه كلاماً كثيراً ، قلت قال له ابن العربي إنه حديث صحيح . وقال الترمذي « رح » فذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث ، وقالوا به وهو قول أحمد واسحاق « رح » وكفى بهذين الإمامين حجة . وحكيم بن حزام بكسر الحاء المهملة وبالزاي ابن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي ومكنى أبا خالد يوم الفتح . وشهد مع رسول الله ﷺ مسلماً ، وكان من وجوه قريش وأشرافها ، وعاش في الجاهلية ستين عاماً ، وفي الإسلام ستين عاماً ومات بالمدينة في خلافة معاوية « رح » سنة أربع وخمسين ، وهو ابن مائة وعشرين سنة وذهب بصره قبل أن يموت .

(وبالتزويج عمر بن أم سلمة « رض») أي وكل رسول الله ﷺ بالتزويج عمر بن أم سلمة « رض » وهذا رواه النسائي في سننه في النكاح عن حماد بن سلمة أنبأنا ثابت، حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ بعث إليها يخطبها ... الحديث وفي آخره فقالت أم سلمة قم يا عمر « رح » فزوج رسول الله ﷺ ، فزوجه إياها . وقال الأترازي ولنا في توكيل عمر بن أبي سلمة « رح » نظر لأن النبي ﷺ تزوج أم سلمة بعد واقعة بدر في سنة اثنين ، كذا قاله أبو عبيدة معمر بن المثنى « رح » .

وكان عمر بن أبي سلمة « رض » يوم توفي رسول الله ﷺ ابن تسع سنين ، قاله الواقدي « رح » ويكون على هذا الحساب سن عمر بن أبي سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله ﷺ يوم تزوج أم سلمة وهو طفل لا يعقل انتهى . قلت منه والذي قاله سبق به ابن الجوزي « رح » فقال في التحقيق في هذا الحديث نظر لأن عمر « رح » كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين ، وكيف يقال لمثل هذا أن يزوج، بيانه أن رسول الله ﷺ تزوجها في سنة أربع ومات عليه السلام ولعمر تسع سنين فعلى هذا يحمل قولها لعمر قم فزوج على الداعية للصغير ولو صح أن الصغير زوجها فلأنه عليه السلام لا يحتاج إلى ولي ، لأنه مقطوع بكفاية .

قال وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة ، إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات . وقد صح أن علياً رضي الله عنه وكل فيها عقيلاً « رض » وبعدما أسن وكل عبد الله ابن جعفر « رض» ،

وقال صاحب التنقيح قوله أنه عليه السلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وإن كان قد قاله الكلاباوي وغيره . قال ابن عبد البر قال إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة ، ويقوى هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن أبي سلمة «رض » أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أيقبل الصائم ، فقال عليه السلام سل هذه ، فأخبرته أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك، الحديث .فظاهر هذا أن عمر « رض » كان كبيراً ، وعرفت هذا أن الأترازي تكلم في هذا من غير تحرير ولا مراجعة إلى كتب الحديث ، والحديث أخرجه أيضاً أحمد وإسحاق بن راهويه ، وأبو يعلى في مسانيدهم ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(قال) أي القدوري «رح» (وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) قال الكاكي « رح » في سائر الحقوق أي جميعاً ، ثم قال وفي الصحاح سائر الناس جميعهم قلت ذكر الجوهري هذا في كتاب الراء في فصل السين مع الياء ، سائر الناس جميعهم ، قالوا إنه وهم من وجهين ، أحدهما في تفسيره ، لأن السائر بمعنى الباقي لا بمعنى الجميع ، والثاني أنه أورد في الأجوف وهو مهموز العين ، وفي المثل السائر اليوم وقد زال الظهر من سار ، يعني نفي يضرب لطالب الشيء بعد اليأس منه ، قلت ذكر الجوهري أيضاً أن كونه من مهموز العين لغة (لما قدمنا من الحاجة) أشار به إلى قوله — لأن الإنسان قد يعجز ... إلى آخره (إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات ، وقد صح أن علياً رضى الله عنه وكل فيها عقيلاً رضى الله عنه وبعدما أسن وكل عبدالله بن جعفر رضى الله عنه) هذا أخرجه البيهقي عن عبدالله بن جعفر رضى الله عنه قال كان علي رضى الله عنه يكره الخصومة، وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن

وكـذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص ، فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس ، لأنها تندرىء بالشبهات .
وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي .

أبي طالب رضى الله عنه ، فلما كبر عقيل وكلني . وأخرج أيضاً عن علي رضي الله عنه أنه وكل عبدالله بن جعفر بالخصومة . وقال الخصاف « رح » في أدب القـاضي حدثنا معاذ بن أنس الخراساني ، قال حدثنا عبدالله بن المبارك عن محمـد بن اسحاق عن جهم أبن أبي الجهم أن علياً رضى الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن لها قحماً ويحضرها الشيطان فجعل على الخصومة إلي ، فلما كبر ورق حولهـا إلي ، فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضى لوكيلي وما قضي على وكيلي فعلي .
وفي الفائق لكن زمخشري أنه وكل أخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبدالله بن جعفر وقال لا يحضر الخصومة ويقول إن لها قحماً وإن الشياطين تحضرها إلى مهالك وشدائد ، وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه . وفي هذا الحديث دليـل أيضاً على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه ، وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لضيع علي رضى الله عنه ، وقـال بعض العلماء الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك . قال الله تعالى ﴿ وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون ﴾ ٤٨ النور ، وفيه تأمل .
(وكذا) أي وكذا يجوز (بايفائها) أي بإيفاء الحقوق وهو أداؤها (واستيفائها) أي وباستيفاء الحقوق وهو قبضها (إلا في الحدود والقصاص، فإن الوكالة لاتصح باستيفائها مـع غيبة الموكل عن المجلس) قيد به لأنه يجوز استيفاء القصاص والقذف في حضوره باجماع الأئمة الأربعة وفي غيبته لا يجوز عندنا . وبه قال الشافعي « رح » في قول وهونصه ويقضي به القاضي الروياني من أصحابه « رح » وقال الشافعي « رح » في الأصح ، ومالك وأحمد يجوز له استيفاء القصاص والقذف في غيبة الموكل (لأنها تندرىء بالشبهات) .
(وشبهة العفو) يعني في القصاص لأن الحدود لا يعفى عنها ، وشبهة عفو ولي القصاص (ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر) أى بل العفو هو الظاهر (للندب الشرعي)وهو

بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع ، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة ، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء ، فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلاً ، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً . وقول محمد « رح » مع أبي حنيفة « رح » ، وقيل مع أبي يوسف « رح » .

قوله تعالى ﴿ وأن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ ٢٣٧ البقرة (بخلاف غيبة الشاهد) حيث يستوفي الحدود والقصاص مع غيبة الشهود وإن كان رجوعهم محتملاً (لأن الظاهر عدم الرجوع) احترازاً عن الكذب والفسق (وبخلاف حالة الحضرة) أى حضرة الموكل في المجلس (لانتفاء هذه الشبهة) أى شبهة العفو .

(وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) هذا جواب إشكال وهو أن يقال إذا كان الموكل حاضراً لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء ، إذ هو يستوفيه بنفسه . فأجاب بقوله — وليس كل أحد يحسن الاستيفاء — يعني لقلة هدايته أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك ، فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحساناً (فلو منع عنه) أى عن التوكيل (ينسد باب الاستيفاء أصلاً) فلا يبقى .

(وهذا الذى ذكرناه) يعني جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص (قول أبي حنيفة « رح ») وبه قال الأئمة الثلاثة « رح » .

(وقال أبو يوسف « رح » لا يجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً) وبه قال زفر « رح » (وقول أبي حنيفة رحمه الله مع محمد « رح » [1] وقيل مع أبي يوسف « رح ») وفي شرح الطحاوى قول محمد « رح » مضطرب وفي بعض الروايات ذكر قوله مع أبي حنيفة « رح » وفي بعضها مع أبي يوسف « رح » وذكر الطحاوى

---

(١) محمد « رح » مع أبي حنيفة « رح » — هامش .

وقيل هـــذا الاختلاف في غيبته دون حضرته ، لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره ، فصار كأنه متكلم بنفسه . له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب ، كما في الشهادة على الشهادة ، وكما في الاستيفاء . ولأبي حنيفة « رح » أن الخصومة شرط محض ، لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة ، فيجري فيـــه التوكيل كما في سائر الحقوق . وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص .

في مختصره قول محمد « رح » مع أبي حنيفة « رح » .

(وقيل هذا الاختلاف في غيبته) أي في غيبة الموكل (دون حضرته) فإن في حضرته يجوز التوكيل بلا خلاف (لأن كلام الوكيل ينتقـــل إلى الموكل عند حضرته [1] فصار كأنه متكلم بنفسه له) أي لأبي يوسف « رح » (أن التوكيل إنابة) أي بدل عن خصومة الموكل والإنابة فيها شبهة (وشبهة الإنابة يتحرز عنها في هذا الباب) أي في باب الحدود والقصاص (كما في الشهادة على الشهادة) أي كما يتحرز عن الإنابة في الشهادة يعني لا تجوز (وكما في الاستيفاء) أي وكما يحترز عن الإنابة أي عن التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص اتفاقاً مع غيبة الموكل .

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) يعني ليس لهـا حظ في الوجوب ولا في الظهور (لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق) لأن التوكيل بها إثبات حق لا تؤثر فيه الشبهة .

(وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » (التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص) أي الحـد يعني إذا وكل مطلوب وهو من عليه الحد أو القصاص رجلاً بالجواب عنه في دفع ما يطالبه عليه . قال أبو حنيفة

---

(١) حضوره ـــ هامش .

وكلام أبي حنيفة « رح » فيـــه أظهر ، لأن الشبهة لا تمنع الدفع .
غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به .
وقـال أبو حنيفة « رح» لا يجوز التوكيل بالخصومة من غـــير
رضاء الخصم ، إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة
أيام فصاعداً . وقالا يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضاء الخصم، وهو
قول الشافعي « رح» .

« رح » يجوز . وقال أبو يوسف « رح » لا يجوز . وقول محمد « رح » مضطرب ، وقوله التوكيل مبتدأ وخبره مقدماً عليه هو قوله وعلى هذا الخلاف بالجواب أي بأن يجيب عنه.

(وكلام أبي حنيفة «رح» فيه) أي في – التوكيل من جانب من عليه الحد – (أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع) أي لأن الشبهة المذكورة وهي شبهة البدلية على تقـدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع إلى الدار . ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مـــع الرجال في العفو صحيحة (غير أن إقرار الوكيل غـــير مقبول عليه) يعني إذا أقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لا يصح استحساناً (لما فيه من شبهة عدم الأمر به) أي في باب الإقرار من شبهة عدم الأمر بالإقرار . وفي المبسوط لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله يصح قياساً لأنه قام مقام الموكل كما في سائر الحقوق . وفي الاستحسان لا يجوز كما ذكره المصنف .

(وقال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غـــير رضى الخصم) سواء كان التوكيل من جانب المدعي أو من جانب المدعى عليه ، ويستوى عنده الموكل إذا كان رجلا أو امرأة ، بكراً كانت أو ثيباً (إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً ، وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غـــير[1] رضى الخصم وهو قول الشافعي « رح ») وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله .

---

(١) بغير – هامش .

ولا خلاف في الجواز ، وإنما الخلاف في اللزوم ، لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه ، فلا يتوقف على رضاء غيره ، كالتوكيل بتقاضي الديون . وله

وفي فتاوى قاضي خان كان أبو يوسف « رح » أولاً يقول لا تقبل الوكالة بغير رضى الخصم من الرجال وتقبل من النساء ، ثم رجع وقال تقبل من الرجال والنساء ، ويستوي فيه الوضيع والشريف . وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله ، وبه أخذ الصفار . وقال السرخسي « رح » إذا علم القاضي التعنت من المدعي في إباء التوكيل يقبل التوكيل بغير رضاه وهو الصحيح عندي . وإن علم القصد أي الاضطرار من الموكل بالمدعي ليشغل الوكيل بالحيل والأباطيل والتلبيس لا يقبل .

(ولا خلاف في الجواز) أي لا خلاف بين أبي حنيفة « رح » وبين صاحبيه في جواز التوكيل بالخصومة (وإنما الخلاف في اللزوم) فعند أبي حنيفة « رح » لا يلزم ، وعندهما يلزم معناه وهل ترتد الوكالة برد الخصم أم لا عنده ترتد خلافاً لهما ، فعلى هذا يكون معنى قول القدوري « رح » لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضى الخصم ، أي لا يلزم إطلاق الإسم للازم على الملزوم لأن الجواز من لوازم اللزوم . هكذا قاله الاترازي « رح » .

وقال الأكمل « رح » وفيه نظر لأنا لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمنا لكن ذلك ليس مجاز . والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل ان رضى به الخصم صح وإلا فلا حاجة إلى قوله ، ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه يجعله مجازاً . وفي فتاوى العتابي « رح » التوكيل بغير رضى الخصم لا يجوز معناه لا يجبر خصمه على قبول الوكالة وهو المختار . وقال شمس الائمة السرخسي « رح » التوكيل عند أبي حنيفة « رح » بغير رضى الخصم صحيح ، ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن التوكيل تصرف في خالص حقه) أي في حق الموكل وهذا لأنه وكله إما بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل ، فإذا كان كذلك (فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله) أي ولأبي حنيفة

أن الجواب مستحق على الخصم، ولهذا يستحضره . والناس متفاوتون في الخصومة ، فلو قلنا بلزومه ، يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما بتخير الآخر . بخلاف المريض والمسافر، لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك، ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر ، يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة .

« رح » (أن الجواب مستحق عليه) أي على الخصم (ولهذا يستحضره)في مجلس القاضي.

(والناس متفاوتون في الخصومة) وفي جوابها فرب إنسان يصور الباطل بصورة الحق ورب إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجه ، فيحمل أن الوكيل ممن له حذق في الخصومات فيتضرر بذلك الخصم فيشترط رضاه (فلو قلنا بلزومه) أي بلزوم التوكيل بالخصومة (يتضرر به) أي الخصم . فإذا كان كذلك (فيتوقف على رضاه) أي على رضى الخصم ثم نظر هذا بقوله (كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما) أي أحد الشريكين (يتخير الآخر) أي الشريك الآخر بين أن يرضى به وبين أن يفسخه دفعاً للضرر عنه .

(بخلاف المريض والمسافر) أما المريض فلعجزه بالمرض ، وأما المسافر فلغيبته(وهذا لأن الجواب غير مستحق عليهما) لو لم يسقط عنهما لزم الحرج . قال الله عز وجل ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ٧٨ الحج (هنالك) أي في المكان الذي كان فيه . وفي فتاوى قاضي خان « رح » ثم المريض إذا كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه ، ولكن يمكنه بركوب الدابة أو أيدي الناس ، فإن ازداد مرضه بالركوب صح توكيله بغير رضى الخصم ، وإن كان لا يزداد اختلفوا فيه على الخلاف أيضاً ، وقيل له أن يوكل بغير رضاه وهو الصحيح (ثم كما يلزم التوكيل عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» (من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة) إذ لو لم يجز يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه.

وقال قاضي خان « رح » في فتاواه لكن لا يصدق أنه يريد السفر ، ولكن القاضي ينظر إلى زيه وعدة سفره أو يسأل عمن يريد أن يخرج معه فيسأله عن رفقائه ، كما في فسخ الإجارة إذا أراد المستأجر فسخها بعذر السفر ، فبمجرد قوله أريد السفر لا يثبت العذر

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم. قال الرازي «رح» يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها، فيلزم توكيلها.

إذا لم يصدقه الآجر، لكن يسأله القاضي فيقول له مع من تريد الخروج، ثم يسأل رفقته فان قالوا نعم تحقق العذر، وهو السفر في فسخ الإجارة فكذا هنا.

(ولو كانت المرأة مخدرة) قال البزدوي المخدرة هي التي لا يراها غير المحارم من الرجال، أما التي جلست على المنصة فرآها الأجانب لا تكون مخدرة فلو وكلت بالخصومة، فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث القاضي اليها ثلاثة من العدول ويستحلفها أحدهم، ويشهد الآخران على حلفها. وكذا في المريضة إذا وجب عليها يمين لأن النيابة لا تجرى في الأيمان، هكذا ذكر الصدر الشهيد «رح» في أدب القاضي، وذكر فيه وإن كان يبعث إلى المخدرة والمريضة وإلى المريض خليفته فيفصل الخصومة هنالك يجوز لأن مجلس الخليفة كمجلسه.

وفي الذخيرة ومن الأعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضى الخصم عند أبي حنيفة «رح» الحيض في المرأة، إذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه المسألة على وجهين: إن كانت الحائض طالبة قبل منها التوكيل بغير رضى الخصم، وإن كانت مطلوبة أو آخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضى خصمه وإلايقبل ولو كان الموكل محبوساً فهو على وجهين إن كان محبوساً في سجن هذا القاضي لا يقبل التوكيل بغير رضى خصمه، لأن القاضي يخرجه حتى يخاصم ثم يعيده إلى السجن، وإن كان محبوساً في سجن الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج يلزم توكيله بغير رضى خصمه.

(لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم. قال الرازى «رح» يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها، فيلزم توكيلها) والمراد بالرازي أبو بكر الخصاف أحمد بن علي «رح» صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع وأحكام القرآن، وإليه انتهت رئاسة أصحاب أبي حنيفة «رح» ببغداد بعد الشيخ

قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون. قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف

ابي الحسن الكرخي ، وكانت ولادته سنة خمس وثلاثمائة ومات سنة سبع وثلاثمائة (قال « رض » وهذا شيء استحسنه المتأخرون) قال الاترازى « رح » أى قال ابوبكر الرازى « رح » وقال الأكمل أى قال المصنف وشيخي العلاء رحمهم الله قال مثل ما قال الاترازي وهو الظاهر .

(قال) أى القدورى رحمـــه الله (ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف) اى التصرف الذى وكل به . وفي الذخيرة هذا القيد وقع على قولهما لا على قول ابي حنيفة«رح» فإن عنده شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل. بيانه أن الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكاً لذلك التصريف الذى وكل به، ولهذا قالا كل عقد لا يجوز للموكل أن يباشره بنفسه لا يجوز للموكل أن يباشره له كما وكله ببيـــع الدم والميتة .

قلنا ينتقض هذا الكلي بعقد الصرف فإنه لا يجوز للموكل أن يباشره بنفسه إذا كان غائباً ويجوز للتوكيل [1] أن يتولاه ، وكذلك الحاكم لا يجوز أن يحكم لنفسه ويجوز أن يحكم له غيره ، والقياس على الدم والميتة ضعيف ، لأن أهل الذمة لا يعتقدونه مالاً فـــلا يملك الوكيل تصرفه .

وقال الأترازي « رح » هذا الشرط الذي يشرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وإنما خص هذا القائل للاستقامة على مذهبهما ، لأنه لم يدرك كنه كلام القدوري « رح » إذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل :

فالأول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام، والثاني أن يكون الوكيل ممن يعقـــل البيـــع ويقصده ، ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولايته شرعاً في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلاً بالغاً على وجه يلزمه حكم التصرف ، وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعاً وشراء ، لأن المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعاً في جنس التصرف إلا في كل الأفراد على وجه يلزمه حكم التصرف فيما يتصرف بولايته .

---

(١) للموكل – هامش .

يلزمه الأحكام ، لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل ، فلا بد من أن يكون الموكل مالكاً ليملكه من غيره . ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقد العقد ويقصده ، لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة، فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبياً لا يعقل ، أو مجنوناً ، كان التوكيل

والشرط الآخر وهو أن يعقل البيع ويقصده حاصل في الوكيل أيضاً وهو الذمي لأنه يعقل معنى البيع والشراء أو يقصده ، فصح الشرط إذن على مذهب الكل .

وقال الأكمل « رح » بعد قول المصنف « رح » قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام . قال صاحب النهاية إن هذا القصد وقع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف ، لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر ، ولو وكل به جاز عنده، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي يملك التصرف الذي وكل به . وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل.

(ويلزمه الأحكام) قيل هذا احتراز عن الوكيل ، فإن الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن فلايصح توكل الوكيل غيره ، وقيل احتراز عن الصبي المحجور والعبد المحجور ، فإنهما لو اشتريا شيئاً لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما (لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل ، فلا بد من أن يكون الموكل مالكاً ليملكه من غيره ، ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقد العقد) بأن يعرف أن البيع سالب للملك ، والشراء جالب وعرف الغبن اليسير من الفاحش (ويقصده) أي يقصد العقد بمباشرة السبب لثبوت الملك ولا يكون هازلاً فيه (لأنه) أي لأن الوكيل (يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة) في الكلام فلا بد أن يكون من العبارة ولا يكون هذا إلا بالعقل والتمييز ، لأن كلام غير المميز كألحان الطيور ونتيجة هذا هو قوله (حتى لو كان) أي الوكيل (صبياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل

باطلاً . وإذا أوكل الحر العاقل البالغ ، أو المأذون مثلهما جـــاز ، لأن الموكل مالك للتصرف ، والتوكيل من أهل العبارة . وإن وكل صبياً محجوراً يعقل البيـــع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز ، ولا يتعلق بهما الحقوق ، وتتعلق بموكلهما ، لأن الصبي من أهل العبارة ، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليّه ،

باطلاً) إذ لا يتعلق بقولهما حكم وليس لهما قول صحيح .

(وإذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) قال الكاكي « رح » هذا غير منحصر على المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المـــأذون الحر ، أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون لأن التعليـــل بقوله (لأن الموكل مالك للتصرف ، والوكيل من أهل العبارة) يشمل الأوجـــه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية .

وقال الأترازي كان ينبغي أن يقيد قوله الحر البالغ بالعـاقل أيضاً ، لأن المجنون إذا وكل غيره لا يصح وكأنه إنما لم يقيد الحر بذلك بناء على الغالب ، وإن الغالب أحوال الحر البالغ أن يكون عاقلا ، وكونه مجنوناً نادر ، إنمـــا أطلق المأذون حتى يشمل العبد والصبي الذي يعقل البيـع والشراء ، إذا كان مأذوناً له في التجـــارة ، لأن توكيل الصبي المأذون غيره جاز كسائر تصرفاته ، بخلاف ما إذا كان الصبي محجوراً حيث لا يجوز له أن يوكل غيره .

(وإن وكل) يعني أحد (صبياً محجوراً عليه يعقل البيع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز) وبه قال أحمد « رح » وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز (ولا يتعلق بهما الحقوق) كالقاضي وأمينه ، حيث لا عهـدة عليهما فيما فعلا ، وفيه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لا بموكلهما (وتتعلق بموكلهما) أي وتتعلق الحقوق لموكل الصبي المحجور والعبد المحجور (لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه) .

والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له ، وإنما لا يملكه في حق المولى . والتوكيل ليس تصرفاً في حقه ، إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة . أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده ، فتلزم الموكل . وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ، ثم علم أنه صبي أو مجنون أو محجور عليه ، له خيار الفسخ ، لأنه دخل في العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد . فإذا ظهر خلافه يتخير . كما إذا عثر على عيب .

(والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه) أي التصرف (في حق المولى) دفعاً للضرر (والتوكيل ليس تصرفاً في حقه) أي في حق المولى ؛ إذ صحة التوكيل تتعلق بعبارته وأهليته والعبد يبقى على أصل الحرية في ذلك ، لأن صحة العبارة بكونه آدمياً .

(إلا أنه) جواب إشكال وهو أن يقال إنهما لو كانا من أهل التصرف ، ينبغي أن يصح منهما التزام العهدة ، فأجاب بقوله — إلا أنه — أي ضمير أن الشأن (لا يصح منهما) أي من الصبي والعبد (التزام العهدة ، أما الصبي لقصور أهليته) بعدم البلوغ (والعبد لحق سيده) لئلا يلزم الضرر به ، وإذا كان كذلك (فيلزم) أي الحقوق (الموكل) لأنه لما تعذر التزام العهدة بهما تعلق بأقرب الناس اليهما ، وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الموكل .

(وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون) قيل في حاشية نسخة المصنف — أو محجور — ومتنها مجنون ، وفي بعض النسخ — أو عبد محجور — ولهذا قال في الكافي — ثم علم انه صبي محجور أو عبد محجور (له خيار الفسخ) وذلك (لأنه) أي لأن المشترى (دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد ، فاذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر) أي اطلع (على عيب) الجامع بينهما عدم الرضى .

قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة، فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل. وقال الشافعي «رح» تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه، وصار كالرسول والوكيل في النكاح. ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة، لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدمياً. وكذا حكماً لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل. ولو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك، كالرسول. وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق، فيتعلق حقوق العقد به.

(قال) أي القدوري «رح» (والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين، كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة، فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل. وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل) قال مالك واحمد «رح» (لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه) أي توابع الملك (وصار) أي الوكيل (كالرسول) بأن قال لآخر كن رسولي في بيع عبدي (كالوكيل في النكاح) فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقاً.

(ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة) أي من حيث الحقيقة (لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته) أي عبارة العاقد (لكونه آدمياً) عاقلا أهلا للتصرف، فقضيته تستدعي ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له، غير ان الموكل استنابه في تحصيل الحكم، وجعلناه نائباً في حق الحكم وراعينا الأصل في حق الحقوق.

(وكذا حكماً) أي وكذا العاقد هو العاقد من حيث الحكم، واستدل المصنف على ذلك بقوله (لأنه) أي لأن الوكيل (يستغنى عن إضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك) أي من إضافة العقد إليه (كالرسول) فانه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الرسول (وإذا كان كذلك كان) أي الوكيل (أصيلا في الحقوق فيتعلق العقد به) أي بالوكيل.

ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن و يطالب بالثمن إذا اشترى ، ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق ، والملك يثبت للموكل خلافة عنـــه اعتباراً للتوكيل السابق ، كالعبد يتهب و يصطاد ويحتطب هو الصحيح .

(ولهذا) أي فلأجل كون الوكيل أصيلا في الحقوق (قال في الكتاب) أي قـــال محمد « رح » في الجامع الصغير والمبسوط ، وقال الاترازي « رح» أى قال القدوري«رح» في مختصره وهذا هو الظاهر فانه قال في مختصره (يسلم المبيع ويقبض الثمن) إذا كان وكيلا بالبيع (ويطالب) على صيغـــة المجهول أي الوكيل يطالب (بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيـــع ويخاصم) بفتح الصاد على بناء المجهول أي يخـــاصم الوكيل (في العيب ويخاصم فيه) إذا اشترى (لأن كل ذلك من الحقوق) أي من حقوق العقد .

(والملك يثبت) جواب سؤال مقدر وهو ان يقال كما ثبت الملك (للموكل) ينبغي ان تثبت الحقوق له كما قاله الشافعي « رح »،فأجاب عنه بقوله والملك يثبت (له [1]) اى للموكل (خلافة عنه) اى بطريق الخلافة عن الوكيل لا اصالة (اعتباراً للتوكيل السابق) يعني يقوم الموكل مقامه في ثبوت الملك له للاعتبار للتوكيل الذى سبق .

واعلم ان المشايخ « رح » اختلفوا في ان الملك يثبت للوكيـل بالشراء ثم ينتقل إلى الموكل منه او يثبت للموكل ابتداء . قال الكرخي « رح » ومن تابعه بالأول واليه ذهب بعض اصحابنا وهو اختيار قاضي خان « رح » وقاله ابو طاهر الدباس « رح » بالثاني ، وهو مذهب جماعة من اصحابنا « رح » .

(كالعبد يتهب ويصطاد) أى كالعبد يقبل الهبـــة ويصطاد الصيد فانه يثبت الملك للمولى (ويحتطب) ابتداء (هو الصحيح) احترز به عن قول الكرخي « رح » وفي الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة السرخسي « رح » قال أبو طاهر « رح » أصح ، وقول الشافعي رحمـــه الله كقول أبي طاهر « رح » . وذكر الصدر الشهيد أن القاضي أبا زيد

---

(١) للموكل — هامش .

قال « رض » وفي مسألة العيب تفصيـــل نذكره إن شاء الله تعالى .
قال وكل عقـد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلـح عن دم العمـــد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لأن الوكيل فيهـا سفير محض . ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له ، فصار كالرسول ، وهذا

خالفهما فقال الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق يثبت له ثم ينتقـــل إلى الموكل من قبـله فوافق الكرخي « رح » في حق الحقوق ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا احسن .

وقال في الفتاوى الصغرى الوكيل ما دام حياً، وإن كان غائباً لا تنتقل الحقوق إلى الموكل وقال أيضاً ذكر الفضيل « رح » أن الوكيل بالبيع إذا مات عن وصي فالحقوق تنتقل إلى وصيه دون الموكل ، ولو مات ولم يوص يرفع الأمر إلى القاضي لينصب وصياً وهو قول بعض مشايخنا « رح » . وقال بعضهم ينتقل إلى موكله ولأنه قبض الثمن .

(قال) أي المصنف « رح » (وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى) نذكره بعد هذا عند قوله وإن اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب .

(قال) أي القدوري « رح » (وكل عقد) هذه ضابطة الضرب الثاني (يضيفه) أي الوكيل (إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل) فإذا كان كذلك (فـــلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) أي تسليم المرأة إلى موكله (لأن الوكيل فيها) أي في هذه الاشياء المذكورة (سفير محض) كالرسول .

(ألا ترى أنه) أي أن الوكيل (لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول) في باب البيع (وهذا) أي كونه كالرسول فيهـــا

لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنه إسقاط فيتلاشى ، فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً . والضرب الثاني من أخواته العتق على مال ، والكتابة والصلح عن الإنكار . فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول ، والوكيل بالهبة والتصدق

(لأن الحكم فيها) أي في هذه العقود وهي النكاح وأمثاله (لا يقبل الفصل عن السبب) وهو العقد ، ولهذا لا يدخل فيها خيار الشرط لأنه من قبيل الإسقاطات فلا يقبل تراخي الحكم بالخيار وغيره أشار إلى هذا بقوله (لأنه إسقاط فيتلاشى) أي فيضمحل (فلا يتصور صدوره) أي صدور السبب بطريق الاصالة (من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً) بخلاف البيع فإن حكمه ينفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار ،فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره خلافه ، وقيدنا بقوله أصالة إذ السبب يصدر من الوكيل نيابة في النكاح .

(والضرب الثاني من اخواته) أي ومن أخوات الضرب الثاني (العتق على مال) قوله الضرب الثاني مبتدأ وقوله من أخواته جملة وقعت خبراً له ، وأراد بالضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله ، قاله الأترازي « رح » والصواب أن يكون الضرب الثاني مبتدأ ، وقوله من أخواته خبراً لقوله العتق على مال مقدماً على المبتدأ ، والجملة خبر المبتدأ الأول وصورة العتق على مال أن يوكل احداً على أن يعتق عبده على مال (والكتابة والصلح عن الإنكار) جعل من هذا القبيل لأن بدل الصلح بمقابلة دفع الخصومة في حق المدعى عليه .

(فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع) أراد به الصلح عن إقرار وجعله جار مجرى البيع لأنه مبادلة مال بمال ، فكان حكمه حكم البيع (فهو من الضرب الأول) متعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل . (والوكيل بالهبة) يعني إذا وكل رجلا بأن يهب عبده لفلان (والتصدق) بأن وكله أن يتصدق على فلان (والإعارة) بأن وكله

والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً ، لأن الحكم فيها يثبت بالقبض ، وإنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير ، فلا يجعل أصيلاً . وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس ، وكذا الشركة والضاربة، إلا أن التوكيل بالاستقراض باطـــل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه .

أن يؤجر فلاناً داره (والايداع) بأن وكله أن يودع متاعه (والرهن) بأن وكله بأن يرهن متاعه (والاقراض) بأن وكله بأن يقرض فلاناً (سفير أيضاً) هذا خبر لقوله – والوكيل بالهبة – فإذا كان الوكيل في هذه الأشياء سفيراً تعلقت حقوق العقد بموكله (لأن الحكم فيها) أي في العقود أي المذكورة (تثبت بالقبض وأنه) أي وأن القبض (يلاقي محـــلا مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلا) أي فلا يجعل الوكيل في هذه الأشياء أصيلا لأنه أجنبي عن المحل الذي يلاقي القبض ، فكان سفيراً ومعبراً عن المالك .

(وكذا) يعني يكون سفيراً (إذا كان الوكيل من جانب الملتمس) لذلك نحو أن وكـــله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب ، فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل (وكذا الشركة والمضاربـــة) يعني إذا وكل بالشركة أو بالمضاربة، فالوكيل فيهما سفير أيضاً ، لا تتعلق حقوق العقد به بل تتعلق بالموكل لأن الوكيل لا بد له من إضافة العقد إلى موكله ، فكان سفيراً حتى لو أضاف العقد إلى نفسه لا يقع عن موكله .

(إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل) هذا استثناء من قوله وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس بيان بطلان استقراض الوكيـــل بأن العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف لك الغير ، فإن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض ،والأمر بالتصرف في ملك باطـــل (حتى لا يثبت الملك للموكل) حتى لو هلك الذي استقرضه هلك على الوكيل (بخلاف الرسالة فيه) أي في الاستقراض،فإن الرسالة فيه تصح بأن يقول أرسلني فلان إليك يستقرض منك ، ويثبت الملك للمستقرض .

قال وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن، فله أن يمنعه إياه ، لأنــــه أجنبي عن العقد وحقوقه ، لما أن الحقوق إلى العاقد ، فإن دفعه إليـه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانياً ، لأن نفس الثمن المقبوض حقه ، وقد وصل إليه ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه ، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة،ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل ، وبدين الوكيل إذا كان

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه إياه) أي فللمشترى منعه إياه خلافاً للأئمة الثلاثة ، لأن الحقوق ترجع إلى الموكل عندهم (لأنه) أى لأن الموكل (اجنبي عن العقد وحقوقه ، لما أن الحقوق إلى العاقـد فإن دفعه إليه) أى ولو دفع المشترى الثمن إلى الموكل (جاز) دفعه (ولم يكن للوكيل أن يطالبه به) أى يطالب المشترى بالثمن (ثانيا) أى ثاني مرة (لأن نفس الثمن المقبوض حقه) أى حق الموكل (وقد وصل اليه) أى وقد وصل حقه اليه وإذا كان كذلك (فلا فائدة في الأخذ منه) أى من الموكل (ثم الدفع اليه).

وهذا بخلاف الوكيل في بيـع الصرف ، فإن هناك لو قبض الموكل بدل الصرف لا يجوز لأن بيـع الصرف يتعلق بالقبض ، فكان القبض فيه بمنزلة الإيجـاب والقبول . ولو ثبت للوكيل حق القبول ، وقبل الموكل لم يجز ، فكذا إذا ثبت له حق القبض . وفي الذخيرة ونقل من مختلف الرواية أن المشترى من الوصي لو دفـع الثمن إلى الصبي ، فللوصي أن يرجع إلى المشترى .

(ولهذا) توضيح لقوله أن نفس الثمن المقبوض حقه فإنه (لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة،ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضاً دون دين الوكيل) لأن دين المقاصة إبراء بعوض ، فيعتبر بالإبراء بغير عوض ، وله إبراء المشترى من الثمن وخرج الكلامان معاً ، فالمشترى برى ببراءة الآمر لا ببراءة المأمور حتى لا يرجع الأمر على المأمور بشيء ، فكذا هنا (وبدين الوكيل) أى تقع المقاصة بدين الوكيل (إذا كان

وحده يقع المقاصة عند أبي حنيفة « رح» ومحمد « رح » لما أنـــه يملك الإبراء عنـــه عندهما ، ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين .

وحده يقـــع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله لما انه) أى أن الوكيل (يملك الإبراء عنه) أي ابراء المشترى عن الثمن (عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وهو إبراء بعوض لأن القبض حقه ، فيملك المقاصة ايضاً لأنه إبراء أيضاً ولكنه بعوض فكان بالطريق الأولى أن يملكه (ولكنـــه يضمنه) أى ولكن الوكيل يضمن الثمن (للموكل في الفصلين) أى في فصل الإبراء وفصل المقاصة بدين الوكيل .

ولا يقال ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيـــع الذى يوجب المقاصة بدين الموكل ، لأنه خالف الموكل لأنه وكله ببيـــع يصل الثمن اليه ، وها هنا لا يصل، فإذا خالف ينبغي ان لا يجوز هذا البيـــع لأنا نقول وصل اليه الثمن قبل البيـــع ، لأنهبالبيـــع صار دينه قصاصاً بدين الآمر بالإجماع ، كذا في الذخيرة وفي المبسوط قال أبو يوسف « رح » لا يجوز إبراء الوكيل للمشترى عن الثمن لأنه تصرف في ملك الغير ، وبـــه قالت الأئمة الثلاثة « رح » إذ الثمن ملك الموكل ، ولهما أن الإبراء اسقاط لحق القبض ، والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنع الموكل عن ذلك وبـــه قال الشافعي « رح » في وجه وأحمد « رح » في رواية .

وفي الفتاوى الصغرى ، الوكيل بالبيـــع يملك اسقاط الثمن عن المشترى بالإقـــالة والإبراء والمقاصة بما على الوكيل عندهما . وقال أبو يوسف « رح » لا يملك ذلك ، وقال محمد « رح » في الأصل ولو كان البائع إبرء المشترى ، يعني ان الوكيل أبرأه من الثمن فهو جائز ، وهو له ضامن وكذلك له وهبه له ، وكذلك لو اشترى متاعـاً او كانت دنانير فأخذ بها منه أو كانت دراهم فأخذ بها منه ودنانير ضامن للثمن ، والذى اشترى هو له ، وكذلك لو صالحه عليه صلحاً ولم يشتر ، وكذلك لو أخر عن الثمن إلى أجل، كان ضامناً للثمن وجاز التأخير ، ولو حط عنه كان ضامناً لما حط عنه ، وهـــذا كله قول ابي حنيفة ومحمد « رح » .

وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز شيء مما صنع من هذا من هبة وغيرها، والمال على

حالته على المشترى. وفي الفتاوى الصغرى ثم في وقوع المقاصة إن كان دين المشترى على الموكل وهو مثل الثمن صار قصاصاً إجماعاً وان كان دينه على الوكيل فعلى الاختلاف وإن كان عليهما يصير قصاصاً بدين الموكل .

أما عند أبي يوسف « رح » فظاهر ، وأما عندهما فلأن الثمن لو صار بدين الوكيل لاحتجنا إلى قضاء الوكيل للموكل ، وصار قصاصاً بدين الموكل لا يحتاج قضاء آخر،فقصرنا المسافة ، ولأن الموكل يملك إسقاط الثمن عند المشترى بالإجماع،فعلى هذا الحيلة فيموضعين: أحدهما إذا كان لرجل على زيد دين لا يؤديه ، فيتوكل الدائن عن الغير في شرحين من زيد فإذا اشترى تقع المقاصة بين دين الوكيل على البائع ، وبين دين وجب للبائع على الوكيل ثم الوكيل يأخذ الثمن من موكله ، والثاني أن يوكل رب الدين غيره بالشراء من المديون فتقع المقاصة بين دين الموكل وبين ما وجب على البائع على الوكيل والله أعلم .

* * *

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلاً بشراء شيء ، فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

أي هذا باب في بيان حكم الوكالة بالبيع والشراء . قدم هذا الباب على سائر الأبواب لكثرة وقوع البيع والشراء ومساس الحاجة اليه في ذلك .

(فصل في الشراء)

أي هذا فصل في بيان أحكام الشراء وقدم هذا الفصل على الفصول التي تأتي بعده لأن الشراء مثبت لما هو الأصل في فقد البيع وهو البيع ، والبيع مزيل له والثبوت قبل الزوال فكان الشراء اولى بالتقدم .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن وكل رجلا بشراء شيء) أي غير معين لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة (فلا بد من تسمية جنسه) كالعبد والجارية ، إذ العبد جنس بلسان الشرع ، وكذا الجارية باعتبار اختلاف الأحكام وأراد بالجنس النوع لا مصطلح أهل النطق فإن الجنس عندهم هو المقبول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان ، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو ، كالإنسان مثلا. والصنف هو النوع المقيد بقيد عرض كالتركي والهندي ، والمراد هنا بالجنس ما يشمل أصنافاً على اصطلاح اولئك وبالنوع المصنف (وصفته) أي نوعه كالتركي والهندي ولا خلاف فيه للفقهاء (أو جنسه ومبلغ ثمنه) أي أو تسمية جنسه مقدار ثمنه ، وبه قال الشافعي في وجه وأحمد « رح » في رواية .

ليصير الفعل الموكل به معلوماً ، فيمكنه الائتمار ، إلا أن يوكله وكالة عامة ، فيقول ابتع لي ما رأيت ، لأنه فوض الأمر إلى رأيه، فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً . والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً ، لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع .

ثم إن كان اللفظ يجمع أجناساً

وقال في وجه لا يصح حتى يذكر نوعه وبه قال أحمد « رح » في رواية ، وعند مالك « رح » الشرط أن يكون معلوماً في الجملة قيل هو الذي ذكره القدوري «رح» استحساناً والقياس عدم الجواز وجه الاستحسان حديث عروة البارقي « رض » وقد مر لأنه عليه السلام ذكر الجنس وقدر الثمن وسكت عن الصفة .

(ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار) أي فيمكن الوكيل الامتثال لأمر الموكل (إلا أن يوكله) هذا استثناء من قوله – فلا بد من تسمية جنسه – يعني إذا وكله (وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت) فلا يحتاج إلى ذكر الجنس وغيره (لأنه) أي لأن الموكل (فوض الأمر إلى رأيه) أي إلى رأى الوكيل (فأى شيء يشتريه يكون متمثلا) لأمر الموكل ، وفيه خلاف لأحمد « رح » فانه يقول لا تصح هذه الوكالة العامة .

(والأصل فيه) أي في هذا الباب (أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً) الجهالة اليسيرة جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي ، فإنها لا تمنع صحة الوكالة وإن لم يبين بالثمن . وقال بشر المريسي لا تصح الوكالة ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه وأحمد في رواية لأن التوكيل بالبيع والشراء يعتبر بنفس البيع والشراء فلا تصح إلا ببيان وصف المعقود عليه ، قلنا تصح هذه الوكالة (لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة في اعتبار هذا الشرط) يعني اشتراط بيان الوصف (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعاً .

(ثم إن كان اللفظ) أي اللفظ الذي يذكره الموكل (يجمع أجناساً) كالدابة والثوب

أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن، لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة ، وإن كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع ، لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً ، وبذكر النوع تقل الجهالة ، فـــلا يمنع الامتثال مثاله إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح ، لانه يشمل أنواعاً ، فإن بـــين النوع التركي والحبشي والهندي والسندي والمولد ، جاز ، وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه .

ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين صفـــة الجودة والرداءة والسطة

(أو ما هو في معنى الاجناس) كالدار والرقيق (لا يصح التوكيل وإن بين الثمن ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ، فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهـــالة) والوكيل لا يقدر على الامتثال . وفي الكافي الجهالة ثلاثة أنواع ، فاحشة ويسيرة ومتوسطة . وقد ذكر المصنف اليسيرة والفاحشة ، ويذكر عن قريب المتوسطة .

(وإن كان) أي اللفظ (جنساً يجمع انواعاً) كالعبد والأمة والدار (لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً ، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال) أي امتثال الآمر (مثاله إذا وكله) أي مثال هذا النوع إذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه) أي لأن لفظ عبد أو لفظ جارية (يشمل أنواعـــاً فإذا [1] بين النوع كالتركي والحبشي والهندي والسندي والمولد) في المغرب المولد الذي ولد في دار السلام ، وقيل العبد الذي تولد بين العرب ونشأ بين اولادهم (جاز) أي التوكيل (وكذا) أي وكذا جاز (اذا بين الثمن لما ذكرنا) أشار به إلى قوله ، لأن تقـــدير الثمن يصير النوع معلوماً .

(ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة يعني الجودة والرداءة والسطة) أى الوسط

---

(١) فإن — هامش .

جاز لانه جهالة مستدركة . ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع.وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة أو داراً ، فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجـــه الأرض . وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناساً . وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء،ولهذا لا يصح تسميته مهراً ، وكذا الدار تشمل

وأصله وسط حذفت الواو منه كما في عدة وغطة وعوضت التاء في آخرها عن الواو (جاز) أى التوكيل (لأنه جهالة مستدركة) أى يسيرة (ومراده) أي مراد القدوري « رح » (من الصفة المذكورة) وهي قوله وصفته (في الكتاب النوع) أى في مختصر القدوري ومن الكلام فيه أول الفصل.

(وفي الجامع الصغير) وفائدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على أجناس مختلفة (ومن قال لآخر اشتر لي دابة أو ثوباً أو داراً ، فالوكالة باطلة) وإن عين الثمن حتى لو اشترى كان الشراء واقعاً على الوكيل ، وبه صرح في نسخ الجوامع (للجهـــالة الفاحشة) فإن الدابة في الحقيقة اللغوية اسم لما يدب على وجه الأرض، وفي العرف ينطلق على الخيل والحمار والبغل ، فقد جمع أجناساً ، وكذا الثوب لأنه يتنـــاول الملبوس من الأطلس إلى الكساء) كأنه أراد به الأرفع من الثياب ومن الكساء دونها ، ولكن لم يرد في اللغة ما أراده من هذا .

قـــال صـــاحب الجمهرة أطلسته كدره في غيره والذئب أطلس وكذلك لو كل شيء يشبه . وقال في تهذيب ديوان الأدب الأطلس على لون الذئب ، يقال ذئب أطلس ، والأطلس الخلق من الثياب ، ولبعض الفضلاء إلا أنس مشتق من الإنس والإنس إن ثناء عن الإنس ثيابهم ملبس ولكنها على ذباب منهم طلس .

(ولهذا) أى ولكون الثوب الملبوس من الأطلس إلى الكساء (لا يصح تسميته مهراً) للجهالة الفاحشة (وكذا الدار) أى لا يصح توكيله بشراء الدار مطلقاً لأنهـــا (تشمل

مـا هو في معنى الأجناس ، لأنها تختلف اختلافـاً فاحشاً باختلاف الأعراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان ، فيتعذر الامتثال . قال ، وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه . وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قـال حماراً ونحوه . قال ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتري لي بها طعاماً فهو على الحنطة ودقيقها استحساناً . والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة كما في

ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الاعراض والجيرن والمرافق والمحال) جمع محله (والبلدان) جمع بلد وإذا كان الاختلاف فيها فاحشاً (فيتعذر الامتثال) أي امتثال أمر الآمر بشراء الدار مطلقاً .

(قال وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار) بأن قال في محلة كذا (والثوب) أي وسمى عين الثوب (جاز) أي التوكيل (معناه) أي معنى قوله في الجامـــع الصغير ووصف جنس الدار (نوعه) لأن تفاحشهم يرتفع بذكر الوصف والثمن (وكذا إذا سمى نوع الدابة ، بأن قال فرس أو حمار أو نحوه) مثل بغـــل جاز، وإن لم يبين الثمن . كذا في المبسوط لأن الجنس صار معلوماً بالتسمية وإنما بقيت الجهالة بالوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن .

فإن قيل الحمير انواع ، منها ما يركبه العظماء ، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل ، قلت هذا اختلاف للوصف مع أن ذلك يصير معلوماً بمعرفة حال الموكل ، حتى قالوا ان القاضي أو الوالي لو أمر بشراء حمار يصرف إلى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز بخلاف ما لو أمر القاضي ليرى بذلك كذا في المبسوط .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن دفع إلى آخر دراهم) قيد بالدفع لأنه إذا لم تدفع الدراهم ، وقال اشترى لي حنطة أو شعيراً لم يجز ، لأنه لم يبين المقدار ، وجهالة المقدار في المكيلات كجهالة الجنس (وقال اشتر لي بهـا طعاماً، فهو على الحنطة ودقيقها استحساناً والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة) لأن الطعام اسم للمطعوم (كما في

اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه ، إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء ولا عرف في الأكل ، فبقي على الوضع . وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة ، وإن قلت فعلى الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق .

اليمين على الأكل) إذا حلف لا يأكل طعاماً، فأكل فاكهة يحنث (إذ الطعام اسم لمايطعم) بحسب العرف على ما يجيء بيانه مشروحاً إن شاء الله تعالى .

(وجه الاستحسان أن العرف أملك) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس (وهو على ما ذكرناه) أي العرف على ما ذكرناه من أنه واقع على الحنطة ودقيقها (إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء) ولهذا يسمى عندهم السوق الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها سوق الطعام ، وإذا كان السوق هكذا ترك القياس به لأن العرف أقوى من القياس ، لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص (ولا عرف في الأكل) أى في اليمين بالأكل (فبقي على الوضع) وهو أن الطعام اسم لما يطعم .

(وقيل) هو قول الفقيه أبو جعفر الهندواني « رح » فإنه قال (إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة) أي الوكالة تقع على الحنطة . وقال تاج الشريعة قوله وهو على ما ذكرناه . قالوا هذا عرف أهل الكوفة فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام له هوفي عرف غير أهل الكوفة ينصرف التوكيل إلى شراء كل مطعوم (وإن قلت فعلى الخبز) أى فتقع الوكالة على الخبز (وإن كان فيما بين ذلك) أي بين القليل والكثير (فعلى الدقيق).

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » إن كانت الدراهم كثيرة بحيث يشتري الحنطة والدقيق والخبز ، فاشترى بها الوكيل الخبزأوالدقيق لا يجوز على الموكل، وإن كانت وسطاً تشترى بها الحنطة أو الدقيق فاشترى بها الوكيل الحنطة أو الدقيق جاز ، ولو اشترى بها الخبز لا يجوز وإن كانت قليلة بحيث لا يشترى بمثلها في العرف إلا الخبز ، فإنه يجوز إذا اشترى الخبز .

وفي الفتاوى الصغرى ما ذكر محمد « رح » في عرفهم، أما في عرفنا فالطعام ما يمكن

قال وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب ، فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده ، لانه من حقوق العقد وهي كلها إليه ، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه ، لانه انتهى حكم الوكالة ، ولأن فيه إبطال يده الحقيقة ، فلا يتمكن منه إلا بإذنه ، ولهـذا كان خصماً لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره . قبل التسليم إلى الموكل لا بعده .

أكله من غير دم كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه ، فتنصرف الوكالة إلى ذلك دون الحنطة والدقيق والخبز والفتوى على هـذا . وفي القدوري عن أبي يوسف « رح » إذا كان شهد وليمة فدفع اليه دراهم كثيرة، فهو على الخبز وإذا وكله بشراء لحم بدرهم فاشترى المطبوخ أو المشوى منه لا يجوز على الأمر إلا إذا كان مسافراً نزل خـانا ، ولحم الطير الوحشي يجوز عليه إن كان في بلد يباع في اسواقه منه فيشترى الناس . وشراء الشاة الحيـة أو المذبوحة لا يجوز عليه ، وإن سمى فهي للآمر بعشرة دراهم إلا أن تكون مسلوخة ، ولو أمره بشراء البيض فهو على بيض الدجاجة ، بخلاف اليمين على أكل البيض حيث يقع على بيض الطير ، هذا كله من الفتاوى الصغرى .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب،فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لأنه) أى فللوكيل ان يرده بالعيب (من حقوق العقد وهي كلها اليه) أى الحقوق كلها إلى الوكيل (فإن سلمه اليه) أى وإن أسلم الوكيل المبيع إلى الموكل (لم يرده إلا بإذنه) أى باذن الموكل (لانه انتهى حكم الوكالة[1]) لأنه خرج من الوكالة وانقطع حقه (ولأن فيه) أى في الرداء (إبطال يده الحقيقة) أى يد الموكل (فلا يتمكن منه) أى من الرد (إلا بإذن الموكل ولهذا) أي ولأجل أن حقوق العقد كلها إلى الوكيل (كان) أي الوكيل (خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده) يعني كون الوكيل خصما لمن يدعي إنما يكون قبل تسليم الوكيل المبيع إلى الموكل لا بعد التسليم لأن الحقوق ترجع اليد قبل التسليم الى الموكل .

---

(١) الى الموكل — هامش .

قال ، ويجوز التوكيل بعقد الصرف والمسلم لانه عقد يملكه بنفسه ، فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة على ما مر ، ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم ، لان ذلك لا يجوز ، فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وهذا لا يجوز .

(قال) أي القدوري « رح » (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والمسلم لأنه) أي لأن عقد الصرف والسلم (عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة على ما مر) في أول كتاب الوكالة ويرد عليه الاستقراض فإنه يملك الموكل ولا يملك التوكيل ، وكذا يرد عليه مسألة الوكالة من جانب المسلم اليه ، فإن المسلم اليه باشره بنفسه لقبول السلم يجوز .

ولو وكل غيره لا يجوز ، وأجاب الأترازي « رح » عن الثاني بقوله فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم لكونه بيع للمعدوم ، الا أنه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعاً لحاجة المفاليس ، وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره أو نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر أثره في التوكيل ولم يرد نقصاً على الكلي الذي قاله القدوري « رح » انتهى . قلت هذا ذكره غيره ايضاً .

(ومراده التوكيل بالإسلام) يعني أن المراد منه التوكيل بعقد السلم من جهة رب السلم (دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز) وهذا لا يجوز وهو معنى قوله فإن ذلك لا يجوز (فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره) وهو الموكل (وهذا لا يجوز) لان من باع ملك نفسه من الاعيان على أن يكون الثمن لغيره لم يجز ، فكذلك في الديون لا يجوز نص على ذلك محمد « رح » في باب الوكالة في السلم ، فإن بطل التوكيل بقي الوكيل عاقداً لنفسه فملك رأس المال ، فلما أسلمه إلى الموكل على وجه التمليك كان قرضاً عليه .

فإن قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في الوكيل بالشراء فإن الوكيل هو المطالب بالثمن ، والثمن يجب في ذمة الموكل ، فينبغي أن يجوز فيما نحن فيه لجامع

فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض ، بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض . ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد . والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل ، فيصح قبضه . وإن كان لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه ، بخلاف الرسولين ،

معنى الرسم ، فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه ، كالثمن . قلنا المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ، وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك .

(وإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدوري في مختصره أي فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) لأن القبض في المجلس شرط ولم يوجد (ولا يعتبرمفارقة الموكل) قبل القبض (لأنه ليس بعاقد، والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه) أي قبض الوكيل بدل الصرف .

(وان كان لا تتعلق به الحقوق) كلمة إن للوصل ، والضمير في كان يرجع الى الوكيل والمعنى يصح قبض الوكيل،وان كان ممالا يلزم العهدة (كالصبي والعبد المحجورعلية) يعني كما إذا كان الوكيل صبياً أو عبداً محجوراً لأنه العاقد .

قال الكاكي « رح » هذا جواب سؤال يرد على أصل الوكالة ، فإن الصبي والعبد المحجورين إذا توكلا يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم فكيف يتعلق هاهنا بهما التسليم ، والتسليم في بدل الصرف وهما وكيلان فيه حتى بطل الصرف بمفارقتهما قبل القبض ، فأجاب عنه أن قبضهما صحيح وإن كان لا يلزمهما الحقوق ، لأن القبض في الصرف من تتمة صحة العقد فيصح ممن يوجد عند العقد . (بخلاف الرسولين) أي في باب الصرف وفي باب السلم . وفي بعض النسخ الرسولين أي الرسول في الصرف والرسول في السلم ، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف ، والرسول من الجانبين في السلم ، أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لأنه كما لا تجوز الوكالة من جانب المسلم اليه

لأن الرسالة في العقد لا في القبض ، وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح . قال ، وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع ، فله أن يرجع به على الموكل ، لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتخالفان ، ويرد الموكل بالعيب على الوكيل ، وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ، ولأن الحقوق لما كانت إليه ، وقد علمه الموكل ، فيكون

فكذلك الرسول ، ومعناه أن الرسول اذا قبض لا يصح العقدبقبضه على ما يجيء ، وقوله بخلاف الرسول مرتبط بقوله فيصح قبضه ، أي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول فانه لا يصح والمعتبر قبض المرسل (لأن الرسالة في العقد) أى حصل فيه (لا فيالقبض. وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) أى قبض الرسول .

(قال) أي القدوري « رح » (واذا دفعالوكيل بالشراء الثمن من مالهوقبض المبيع فله ان يرجع به) أى بالثمن (على الموكل) وبه قال الشافعي « رح » في قول (لأنه)أي لأن الشأن (انعقدت بينهما) أى بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية) أى صار الوكيل كالبائع من المشتري ، والدليل على المبادلة ما أشار اليه بقوله :

(ولهذا) أى ولأجل كون معنى المبادلة فيه (اذا اختلفا) أي الوكيل والموكل (في الثمن يتحالفان) والتحالف من خواص المبادلة (ويرد الموكل بالعيب على الوكيل) هذا أيضاً من كون معنى المبادلة فيه ، حيث يكون للموكل أن يرد المبيع على الوكيل بالشراء بالعيب (وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه) أي يرجع الوكيل على الموكل ، يعني لما كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم له المشترى ، أى الذي اشترى له من جهة يرجع عليه (ولأن الحقوق) دليل آخر (لما كانت اليه) أى الى الوكيل (وقد علمه الموكل) أى والحال أن الموكل قد علم كون الحقوق راجعا اليه (فيكون) أى

راضياً بدفعه من ماله ، فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه، هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن ، لان يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبس يصير الموكل قابضاً بيده ، وله أن يحبسه حتى يستوفي الثمن

الموكل (راضياً بدفعه) أي بدفع الثمن (من ماله) أي مال الوكيل . فاذا دفع الوكيل بسبب أمر الموكل اياه بالشراء ، كان الموكل راضياً ايضاً برجوع الوكيل بما أدى ، ولم يسقط الثمن ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة .

(فان هلك المبيع في يده) أي في يد الوكيل (قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن ، لأن يده كيد الموكل ، فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضاً بيده) أي حكماً والهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل ، فلا يبطل الرجوع ، ويقال لأن المبيع امانة في يد الوكيل لأنه قبضه للموكل ، فليس على الامين شيء ما لم يحدث مساً ، فلا يضمنه ، كما اذا هلكت الوديعة في يد المودع (وله) أي للوكيل (ان يحبسه) أي المبيع (حتى يستوفي الثمن) سواء دفع الوكيل الثمن الى البائع أو لم يدفع كذا في المبسوط ، وقالت الأئمة الثلاثة ليس له حبسه .

وقال زفر « رح » ليس له حق الحبس ، فاذا حبسه صار غاصباً على ما يجيء الآن .
وعن الشافعي « رح » في وجه اذا نقد الثمن له حبسه . وفي الذخيرة لم يذكر محمد «رح» في شيء من الكتب أن للوكيل حبس المبيع قبل نقد الثمن ، وحكي عن الإمام الحلواني أن له ذلك ، وقال الاترازى « رح » هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة ، وكيف خفى عليه .

وقد صرح محمد « رح » في الأصل في باب الوكالة في الشراء ، فقال وإذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبداً بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه ، فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الموكل أن يدفعه، فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن، في قول أبي حنيفة «رح » وإن كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء إلى هنا لفظ محمد«رح» في الأصل ، وفي الفتاوى الصغرى الوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسبة فحل عليه الثمن بموته لا يحل على الأمر .

لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل . وقال زفر « رح » ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيده ، فكأنه سلمه إليه ، فيسقط حق الحبس . قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه ، فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس ، على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه ، فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف « رح » ،

(لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل) كأنه أشار بهذا إلى قوله لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، والمبادلة هو البيع .

(وقال زفر « رح » ليس له ذلك) أي حق الحبس (لأن الموكل صار قابضاً بيده) أي بيد الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل ، فكأنه قبضه حقيقة (فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس) ولو وقع في يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس ، فكذا إذا وقع في يده حكماً .

(قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه) يعني دخول البيع في يد الوكيل على وجه لا يكون ولاية الحبس لا يمكن التحرز عنه ، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو ، فلا يسقط حقه في الحبس لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ، فلا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه . فإذا كان كذلك (فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف) يعني لا نسلم أنه صار قابضاً بيده بل قبضه موقوف ، فإذا كان موقوفاً (فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه) أي ويقع لنفسه أي لنفس الوكيل (عند حبسه) حاصل الكلام أن قبضه موقوف للتردد بين أن يكون تتميم مقصود الموكل وبين أن يكون لإحياء حق نفسه ، فإذا حبسه تبين أنه قبضه لإحياء حق نفسه ، فلم يكن الموكل قابضاً حكماً فلا يسقط حقه للضرورة .

(فإن حبسه) أي فإن حبس الوكيل المبيع (فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف « رح ») حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط وإلا رجع بالفضل على الموكل

وضمان البيـع عنـد محمد « رح » ، وهو قول أبي حنيفة « رح » ، وضمان الغصب عند زفر « رح » لأنه منع بغير حق. لهما أنـــه بمنزلة البائـع منه ، فكان حبسه لاستيفـاء الثمن ، فيسقط بهلاكه. ولأبي يوسف وأنه مضمون بالحبس بالاستيفاء بعد إن لم يكن وهو الرهن بعينه ، بخلاف المبيـع ، لان البيـع ينفسخ بهلاكه، وهاهنا لا ينفسخ أصل العقد.

(وضمان البيـع عند محمد « رح ») قلت قيمته أو كثرت (وهو قول أبي حنيفة رحمه الله) أي قول محمد « رح » وهو قول أبي حنيفة رحمه الله (وضمان الغصب عند زفر « رح » لأنه منع بغير حق) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مثـلا وقيمة المبيـع عشرة ، فعند أبي يوسف رحمه الله يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة فتظهر فائدة ضمان الغصب ، في عكس هذا وهو أن يكون قيمة المبيـع خمسة عشر والثمن عشرة ، يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ، فعند زفر « رح » يرجع الموكل على الوكيل بمثله إن كان مثلياً، وبقيمة بالغة ما بلغت ، وعلى قول محمد « رح » لا يتفاوت الحـــال بين أن يكون الثمن كثيراً أو قليلا لانه يسقط بهلاك المبيـع ، فلا يجب شيء أصلا.

(لهما) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أي أن الوكيل (بمنزلة البائـع منه) أي من الوكيل (فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط) أي الثمن (بهـلاكه) أي بهلاك المبيـع.

(ولأبي يوسف «رح» أنه مضمون بالجنس للاستيفاء بعد إن لم يكن) لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس وصار مضموناً بعد الحبس (وهو الرهن بعينه) يعني بمعنى الرهن لا بمعنى المبيـع فإن المبيـع مضمون قبل الحبس بنفس العقد (بخـلاف المبيـع) فإنه ليس كذلك (لأن البيـع ينفسخ بهلاكه) أي بهلاك المبيـع (وهـا هنا لا ينفسخ أصل العقد) بل يبقى بين الوكيل وبائعه ، فلا يكون نظير المبيـع ، فأجاب المصنف « رح » عنه بقوله :

قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل ، كما إذا رده الموكل بعيب ، ورضي الوكيل به.وقال، وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم ، فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم ، لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة « رح » وقالا يلزم العشرون بدرهم .

(قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به)فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بين الموكل والوكيل . وقال الاترازي « رح » هذه مغالطة على أبي يوسف « رح » لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بالشراء بعد حبسه عن الموكل لاستيفاء الثمن ففي الأول ينفسخ البيع وفي الثاني لا . وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه إذاهلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى .

وقال الأكمل « رح » قيل وهذه مغالطة على أبي يوسف « رح » ... إلى آخر ما ذكره الاترازي « رح » . ثم قال وإنه كما ترى فاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق ، بل إذا تأملت وجدت ما ذكر عن جانب أبي يوسف « رح » غلطاً أو مغالطة ، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع،وإذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه ، فكان ذكره احدهما يعني غلطاً أو مغالطة .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم ،فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم) أي إذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهماً قيد به ، لأنه إذا كانت عشرة أرطال منها تساوى درهماً نفذ الكل على الوكيل بالإجماع ذكره في الذخيرة (لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة « رح » وقالا يلزمه العشرون بدرهم) إلى هنا لفظ القدوري «رح» وقال المصنف « رح » :

ذكر في بعض النسخ قول محمد «رح» مع قول أبي حنيفة ومحمد «رح» ولم يذكر الخلاف في الأصل لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف، فباعه بألفين. ولأبي حنيفة «رح» أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فنفذ شراءها عليه، وشراء العشرة على الموكل.

(وذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ مختصر القدوري «رح» (قول محمد «رح» مع قول أبي حنيفة «رح» ومحمد «رح» ولم يذكر الخلاف في الاصل) أى في المبسوط (لأبي يوسف «رح» أنه أمره) أى أن الموكل أمر الوكيل (بصرف الدراهم في اللحم، وظن ان سعره عشرة أرطال، فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً، وصار هذا كما إذا وكله ببيع عبده بألف، فباعه بألفين) جاز هذا فكذا ذاك.

(ولأبي حنيفة «رح» أنه أمره) أى أن الموكل أمر الوكيل (بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراءها عليه) أى شراء الزيادة على الوكيل (وشراء العشرة على الموكل) أى وينفذ شراء العشرة التي أمر الوكيل بها على الموكل، لأنه خالفه فيما أمره به. فان قيل يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك، لأن العشرة تثبت ضمناً العشرين لا قصداً وقد وكله بشراء عشرة قصداً، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة «رح» كما إذا قال الرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثاً لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل فلا يثبت ما في ضمنه ايضاً تبعاً له، فأجاب عنه حميد الدين رحمه الله بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني، وها هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ما تضمنه، وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به. فكذا ما في ضمنه.

وأما فيما نحن فيه، فكل قصدي لان اجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع، فلا يتحقق التضمن في الشراء، فان قيل يشكل بأن إذا أمره ان يشتري له ثوباً هروياً، فاشترى له هرويين بعشرة، كل واحد يساوي عشرة لا ينفذ بيع واحد منهما على الموكل

بخلاف ما استشهد بـه لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل ، فتكون له . بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم حيث يصير مشترياً لنفسه بالإجماع ، لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر . قـال ، ولو وكله بشراء شيء بعينه ، فليس له أن يشتريه لنفسه ، لأنه يؤدي إلى تعزير الأمر حيث اعتمـد عليه ، ولأن فيـه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل .

عند أبي حنيفة « رح » ذكره في الذخيرة ناقلا عن المنتقى . واجاب صاحب النهاية «رح» من هذا يجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه ، وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب ، فانه من ذوات القيم والثوبان وإن تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل ، فثبت مجهولاً ، فلا ينفذ عليه انتهى . قلت هذا لا شيء إلا على قول من جعل اللحم من ذوات الامثال وهو مختار صاحب المحيط « رح » .

(بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل ابي يوسف « رح » المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف وبيعه بألفين (لان الزيادة هنـاك بدل ملك الموكل فتكون له) أي لان الزيادة عوض ملك الآمر فلا يجوز أن يستحقه الوكيل إلا بأذن الموكل ولا بغير إذنه . ولهذا لو قال بـع ثوبي هذا على ان ثمنه لك لا يجوز .

(بخلاف ما إذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع) لوجود المخالفة (لان الامر يتناول السمين) أي اللحم السمين (وهذا) أي وهذا الذي اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الامر) فلا يكون له .

(قال) أي القدوري « رح » (ولو وكـله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه لانه يؤدى إلى تعزير الامر حيث اعتمد عليه) وذلك لا يجوز (ولان فيه) أي في شرائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة (فلا يملكه) لان عزله يكون بالخلاف لابالوفاق (إلا بمحضر من الموكل) أي إلا بحضور من وكله فلا يغيبه .

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخـــلاف جنسه ، أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود ، أو وكل وكيلاً بشرائه ، فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فنفذ عليه . ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول ، لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفاً .

قال في التتمة هذا إذا كان الموكل غائبا ، فان كان حاضراً وصرح الوكيـل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه لانه خالف أمر الآمر فنفذ الشراء على نفسه بخـلاف الوكيل بنـكاح امرأة بعينها تزوجها لنفسه بنفسه يصح ، والفرق بينهما ان النكاح الذى اتى به الوكيل غير داخل تحت الامر اذ الآمر أمره بنكاح مضاف اليه ،وقد أتى بنكاح مضاف إلى نفسه ، فإن الوكيل بالنكاح يضيفه إلى الموكل ، وفي الشراء مأمور بالشراء مطلقـــاً لا مضافاً إلى الأمر ، فقد اتى بما دخل تحت الوكالة فيقع لموكله .

(فلو كان الثمن مسمى) إلى الآخر ثلاثة أوجه ذكر المصنف تفريعاً على مسألةالقدوري الأولى هو قوله فلو كان الثمن مسمى يعني وكله بالشراء بثمن مسمى (فاشترى بخـــلاف جنسه) أي بخلاف جنس المسمى ، بأن سمى دراهم فاشترى بخلاف جنسه بدنانير، الوجه الثاني هو قوله (أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) وهيالمكيلاتوالموزونات،الوجه الثالث هو قوله (أو وكل) أي الوكيل وكل (وكيلا بشرائه فاشترى الثاني) أيفاشترى الوكيل الثاني (وهو) وكيل الوكيل (غائب) أي والحـــال أن الوكيل الأول غائب (يثبت الملك لموكيل الأول) أى لموكل الوكيل الثاني (في هذه الوجوه) الثلاثة المذكورة (لأنهخالف أمر الآمر فنفذ عليه) أي لأن الوكيل الذي وكل خالف أمر الوكيل الذي وكله بشراء شيء بثمن مسمى ... إلى آخره (ولو اشترى الثاني) أي الوكيل الثـــاني (بحضرة الوكيل الأول) يثبت الملك للوكيل الأول ، وفي بعض النسخ ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول (نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفاً) .

فإنقيل يشكل هذا بما لو أوكل الوكيل بطلاق أو عتاق لآخر ، فطلق الوكيل الثاني

قال ، وإن وكله بشراء عبد بغير عينه ، فاشترى عبداً فهو للوكيل ، إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل. قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه ، إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله ، لأن فيه تفصيلاً وخلافاً ، وهذا بالإجماع ، وهو مطلق .

وأعتق بحضرة الوكيل الأول ، لا يقع . ذكره في الذخيرة والتتمة ، قلنا إن الوكيل بالطلاق والعتاق رسول لأن العمل بحقيقة الوكالة متعذر ، لأن التوكيل تفويض الرأى إلى الوكيل ، وجعله بمنزلة المالك ، وتفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأى والطلاق المفرد والعتاق المفرد لا يحتاج إلى الرأى فلما تعذر العمل بحقيقة الوكالة جعلناها مجازاً عن الرسالة لأن الوكالة تتضمن معنى الرسالة ، والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور مأموراً ينقل العبارة من الآمر ، أما البيع وغيره فيما يحتاج فيه إلى الرأى فيعمل بحقيقة الوكالة ، كذا في الذخيرة .

(قال) أي القدوري « رح » (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) هذا كله لفظ القدوري والمصنف رحمهما الله .

(قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه) أشار إلى الوجه الأول بقوله (إن أضاف) أي الوكيل (العقد إلى دراهم الآمر ، كان للآمر) وقال المصنف « رح » (وهو المراد عندي) بمعنى أن المراد من قول القدوري عندي وهو قوله – أو يشتريه بمال الموكل – أشار اليه بقوله (أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه) أي في النقد بعد الشراء مطلقاً (تفصيلا) أراد به صورة التكاذب والتوافق ففي التكاذب بحكم النقد اتفاقاً (وخلافاً) أي في التوافق على عدم النية بحكم النقد عند أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله هو للوكيل على ما يأتي بيانه مشروحاً (وهذا بالإجماع) أي الذي ذكره القدوري « رح » بالاتفاق إذا اشترى بمال الموكل (وهو مطلق) أي الذي ذكره القدوري

وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً ويفعله عادة ، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غـــيره مستنكر شرعاً وعرفـــاً ، وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه ، لأن له أن يعمـــل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل . وإن تكاذبا في النية بحكم النقـــد

مطلق لا تفصيل فيه والوجه الثاني هو قوله :

(وإن أضافه إلى دراهم نفسه) أي نصف الوكيل العقد إلى دراهم لنفسه (كان لنفسه) يعني يقع العقد له (حملا لحاله) أي لحال الوكيل (على ما يحل له شرعاً) لأنه لما أضاف العقد إلى دراهم الآمر يقع له لأنه لو لم يقع له كان واقعاً للوكيل ، وإذا كان وقــع العقد للوكيل كان غاصباً لدراهم الآمر ، وهو لا يحل شرعاً (ويفعله عــادة) عطف على قوله يحل له ، يعني أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافاً إلى دراهم فإنه يقـــع الشراء لصاحب الدراهم (إذ الشراء) أي لأن الشراء (لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غـيره مستنكر شرعاً) لأن الأصل هو الوفاء عند العهد بالنص (وعرفـــاً) لأن الأصل هو الوفاء بالعادة ، والوجه الثالث هو قوله :

(وإن أضافه) أي العقد (إلى دراهم مطلقة) يعني من غير إضافة إلى دراهم أحد ففيه تفصيل أشار إليه بقوله (فان نواها) أى فان نوى نية الشراء (للآمر فهو للآمر وإن نواها لنفسه فلنفسه) أي فكان لنفسه (لأن له) أي للوكيل (أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل) أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فيعمل فيه لنفسه أصالة ، ويعمل بغيره وكالة ، لأن المأمور به غير معين ، فكانت نيته معتبرة ، والوجه الرابـــع هو قوله :

(وإن تـكاذبا) أي الموكل والوكيل (في النية) بأن قال الموكل اشتريته لي وقـــال الوكيل اشتريته لنفسي (بحكم النقد) على صيغة المجهول من التحكيم ، فأى من نقد الثمن

بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا ، وإن توافقا على أنـــه لم تحضره النية . قال محمـــد « رح » هو للعاقد، لأن الأصل أن كل واحـد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغـيره ولم يثبت . وعند أبي يوسف « رح » يحكم النقد فيه لأن ما أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين ، فيبقى موقوفاً ، فمن أي المالين نقد ، فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه، ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر . وفيما قلناه حمـــل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب

من ماله فهو له (بالإجماع لأنه) أى لأن تحكيم النقد (دلالة ظاهرة على ما ذكرنا) أشار به إلى قوله حملا لحلاله على ما يحل له شرعاً ، والوجه الخامس هو قوله :

(وإن توافقا) أي الموكل والوكيل (على انه) أى على أن الوكيل (لم تحضره النية) ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد « رح » .

(قال محمد «رح» هو للعاقد لان الاصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله) أي جعل العمل (لغيره ولم يثبت) .

(وعند أبي يوسف « رح » يحكم النقد فيه لان ما أوقعه مطلقاً) يعني من غـير تعيين نية (يحتمل الوجهين) اراد بهما وقوع الشراء للموكل ووقوعه للوكيل (فيبقى موقوفـاً فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه،ولان مـــع تصادقهما) يعني على أنه لم يحضره النية (يحتمل النية للآمر) لاحتمال أن يكون نوى الآمر ثم نسبه .

(وفيما قلناه) أي في تحكيم النقد (حمل حاله) أي حمل حال الوكيل (على الصلاح) وهو أن لا يكون الوكيل غاصباً على تقدير النقد من مال الآمر (كما في حالة التكاذب) بحمله النقد لاجل حال الوكيل على الوكيل على الصلاح .

فإن قلت كيف قلتم إذا اضاف العقد إلى دراهم الآمر يقـــع الشراء له وإن أضافه الوكيل إلى دراهم نفسه يقع الشراء له . والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ عندنا ، فكانت الإضافة وعدم الإضافة سواء ، قلت لا نسلم انهـــا لا تتعين مطلقاً ، بل تتعين في

والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه . قال ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف ، فقال قد فعلت ومات عندي ، وقال الآمر اشتريته لنفسك ، فالقول قول الآمر . فإن كان دفع إليه الألف ، فالقول قول المأمور ، لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه،

الوكالات ، وبه صرح المصنف «رح» في اواخرهذا الفصل في تعليل قول أبي حنيفة «رح» وسيجيء بيان تمامه إن شاء الله تعالى ، أو نقول لا يريد بتعيينها تعلق الشراء بعينها على وجه يكون هي مستحقة لا محالة ، بل يريد تقييد الوكالة به ، فإذا تعددت الوكالة بها ، حتى إذا هلكت قبل الشراء بطلت الوكالة صلحت الإضافة إلى أحدهما معينة لوقوع العقد منه .

(والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه) أي على الوجوه المذكورة في الوكيل بالشراء ، فان أضاف الوكيل بالسلم العقد إلى دراهم الآمر ، كان السلم له ، وإن اضافه إلى دراهم لنفسه كان له ، وان عقده مطلقاً من غير إضافة إلى دراهم أحد ، فإن نوى السلم للموكل كان له وإن نوى لنفسه ، وإن تكاذبا بحكم النقد ، وإن توافقا على انه لم يحضره النية كان السلم للوكيل عند محمد « رح »، وقال ابو يوسف رحمه الله يحكم النقد فمن دراهم أيهما نقد فالعقد له .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف، فقال قد فعلت ومات عندي ، وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر) هذا إذا لم يدفع الثمن فالقول له ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه واحمد « رح » في رواية ، وقالا في وجه آخر القول للمأمور.

(وان كان دفع اليه) أي الى الوكيل (الالف فالقول قول المأمور) بلا خلاف (لان في الوجه الاول) وهو الوجه الذي لم يدفع الثمن فيه (أخبر عما لا يملك استئنافه) أي يقدر على انشائه ، أي انشاء العقد ، اذ العبد ميت ، ومن أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال لا يكون القول له ، كما لو قال راجعت ان كانت العدة باقية فانه يصدق لانه يملك

وهو الرجوع بالثمن على الآمر ، وهو ينكر ، والقول للمنكر .
وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، فيقبل قوله ولو كان العبد حياً حين اختلفا إن كان الثمن منقوداً ، فالقول للمأمور لأنه أمين ، وإن لم يكن منقوداً . وكذلك عند أبي يوسف « رح» ومحمد « رح » ،لأنه لايملك استئناف الشراء فلايتهم في الإخبار عنه، عند أبي حنيفة «رح» القول للآمر لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه . فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً ، لانه أمين فيه ، فيقبل قوله تبعاً لذلك ،

انشاءه والا فلا . كذا هاهنا (وهو الرجوع على الآمر بالثمن) وانما لم يقل وهو العقدلان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر فكأنه ذكر السبب واراد المسبب وهو جائز ، لان الرجوع بالثمن مختص بالشراء لاجل الآمر (وهو) أي الآمر (ينكر والقول للمنكر) .

(وفي الوجه الثاني) وهو الذي دفع الثمن فيه (هو) أى للوكيل (أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله) لانه أمين (ولو كان العبد حياً حين اختلفا)فقال المأمور اشتريته لك ، وقال الآمر اشتريته لنفسك (ان كان الثمن منقود فالقول للمأمور لانه أمين) واخبر عما يملك انشاؤه للحال (وان لم يكن) أى الثمن (منقوداً فكذلك) القول للمأمور (عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه) .

(عند ابي حنيفة « رح » القول للآمر لانه موضع تهمة) لانه ربما اشتراه لنفسه ووجد به عيباً او لم يعجبه،فلما لم يوافقه ارادأن يلزمه الآمر لخسارةالصفقة ومثله متعارف بين الوكلاء ، فلا يقبل قوله لهذه التهمة ، وهذا حاصل معنى قوله (بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر) أي ألزم الصفقة الآمر .

(بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك) أي يقبل

ولا ثمن في يـــده ها هنا . وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا ، والعبد حي ، فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود ، وهذا بالإجماع، لأنه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه ، لأن الوكيل بشراء شيء بعينـــه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر . بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة « رح » .

قول الوكيل اشتريت لك عبداً ومات عندي تبعاً لخروج الوكيل عن عهدة الأمانـة التي هي الألف المنقودة (ولا ثمن في يده ها هنا) أي إذا كان العبد حياً والثمن غير منقود فلم يوجد المتبوع وهو كون الوكيل أميناً ، فلا يوجد البيع وهو قبول قوله بطريق التبعيـة لخروج الوكيل عن عهدة الأمانة، فكذلك لا يقبل قوله ها هنا .

(وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا) بأن قال الآمر اشتريته لنفسك ،وقال المأمور بل اشتريته لك (والعبد حي) أي والحال أن العبد حي (فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود ، وهذا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه) على قولهما (ولا تهمة فيه) على قول أبي حنيفة « رح » هكذا قاله بعض الشارحين. وقال الأترازي « رح » هذا بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل أبي حنيفة « رح » لا قوله ولا تهمة فيه بعد انتهى . قلت لا بعد فيه لأن المسألة متفقة مع اختلاف التخريج . وقال الكاكـي « رح » ويمكن أن يقع قوله لا يملك استئنافه قول الكل (لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته) أي في حال غيبة الموكل قيد به إذا في حال حضرة الموكل يملك (على ما مر) أشار به إلى ماذكر قبل صفحة بقوله ولو وكله بشراء شيء بعينه ، فليس له أن يشتريه لنفسه .

(بخلاف غير المعين) أي بخلاف ما إذا كان العبد غير معين (على مـــا ذكرناه لأبي حنيفة « ر ح ») أشار به إلى دليل أبي حنيفـة « ر ح » قبل خطوط وهو قوله لأنـــه موضع التهمة .

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان ، فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ، ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك ، فإن فلاناً يأخذه ، لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه ، فلا ينفعه الإنكار اللاحق ، فإن قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له لان الإقرار ارتدّ بردّه . قال، إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعاً عنه ، وعليه العهدة

(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان ، فباعه ثم أنكر أن يكون فلان آمره ، ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك ، فإن فلاناً يأخذه) هذا من مسائل الجامع الصغير قوله لفلان ، أي لأجل فلان ،يعني أن فلاناً أمرني أن اشتري هذا العبد لأجله ، فباعه صاحب العبد ثم أنكر المقر أمر فلان بعد الشراء وقال لم يكن فلاناً أمرني بل اشتريته لنفسي ، ينعقد البيع للحال قوله ، فإن فلاناً يأخذه يعني له ولاية أخذه (لأن قوله السابق) أي قول المشتري السابق وهو معنى قوله هذا العبد (إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق) بعد ذلك لأنه مناقض ، ولا قول للمناقض .

(فإن قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له) أى لفلان على العبد سبيل (لأن الإقرار) أى لأن إقرار المقر (ارتد برده) أي برد المقر له ، فاذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى الإقرار ، فلم يصح له تصديقه ولزم الشراء للمشتري .

(قال) فالظاهر أن قائله محمد « رح » لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير (إلا أن يسلمه المشتري له) استثناء من قوله لم يكن له ، أي لم يكن له إلا في صورة التسليم اليه ، وإنما ذكر صورة التسليم اليه ، لأن فلاناً لو قال أمرت بعد قوله لم آمره ، لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري ، وقوله إلا أن يسلمه المشتري ، روى المشتري بكسر الراء وفتحها ، فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له أي لأجله ، ويكون المفعول الثاني محذوفاً وهو اليه ، أي إلا أن يسلمه الفضولي العبد الذى اشتراه لأجل فلان اليه ،وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولاً ثانياً بدون حرف الجر وهو فلان ، والفاعل مضمر ، أي ألا يسلم الفضولي العبد الى المشترى له وهو فلان (فيكون بيعاً عنه) مبتدأ (وعليه العهدة)

لأنه صار مشترياً بالتعاطي ، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلّمه المشترى له ، ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي ، وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب . قال ومن أمر رجلاً بأن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسمّ لهما ثمناً ، فاشترى له أحدهما جاز ، لأن التوكيل مطلق فيجزىء على إطلاقه ،

أي على فلان الآمر العهدة ، أي عهدة الآخذ بتسليم الثمن .

وقال الأترازي « رح » يعني لما انعقد بينهما بيع بالتعاطي ، كانت العهدة للآخذ على المشترى كذا فسره فخر الدين قاضي خان ، وفخر الإسلام البزدوي « رح » وهو المفهوم من كلام محمد « رح » .

(لأنه) أي لأن الآخذ (صار مشترياً بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه) أي لزم المشتري (ثم سلمه المشترى له) بفتح الراء . قال تاج الشريعة يكون المشترى له عبارة له بحق الموكل ، يعني يسلم المشتري العبد إلى الموكل (ودلت المسألة) أي المسألة المذكورة (على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن) .

قال فخر الإسلام « رح » وغيره في شروح الجامع الصغير ثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وإن كان أخذاً بلا إعطاء كعادة الناس .

(وهو يتحقق) أي البيع بالتعاطي (في الخسيس والنفيس) يعني من خسيس الأشياء ونفيسها (لاستتمام التراضي وهو المعتبر) أي التراضي هو المعتبر (في الباب) أي في باب البيع ، ولما وجد التراضي انعقد البيع في النفيس والخسيس خلافاً لما يقوله الكرخي « رح » أن بيع التعاطي لا ينعقد إلا في الأشياء الخسيسة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا بأن يشتري له عبدين بأعيانها ولم يسم لهما ثمناً فاشترى أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق فيجزى على إطلاقه)

وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه لأنه توكيل بالشراء وهذا كله بالإجماع . ولو أمره بأن يشتريهما بالألف، وقيمتهما سواء . فعند أبي حنيفة « رح » إن اشترى أحدهما بخمس مائة أو أقل جاز فإن اشترى بأكثر يلزم الآمر لانه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء ، فيقسم بينهما نصفين دلالة ، فكان أمراً بشترا كل واحد منهما بخمسمائة ، ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر ، قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحساناً ، لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصر به

يعني عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين (وقد لا يتفق الجمع بينهما) أي بين العبدين (في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه) فإنه لا يجوز (لأنه توكيل بالشراء) وهو لا يحتمل الغبن الفاحش (وهذا كله بالإجماع) بين الأصحاب وهو احتراز عما إذا وكل بالبيع .

(وإن [1] أمره بأن يشتريها بألف وقيمتهما سواء، فعند أبي حنيفة « رح » إن اشترى أحدهما بخمس مائة أو أقل جاز ، فإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه) أي لأن الآمر (قابل الألف بهما وقيمتها سواء) أي والحال أن قيمة العبدين سواء (فيقسم بينهما نصفين دلالة) أي من حيث الدلالة فيعمل بها عند عدم الصريح ، وعند وجوده يعمل به لقوته (فكان أمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها) أي بخمسمائة (موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر) أي مخالفة الى شر سواء .

(قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما) أي قبل الاختصام لثبوت المخالفة (استحساناً) قيد به ، إذ في القياس لا ينفذ على الآمر لأنه صار مخالفاً ، والشراء فيما لا يتوقف فينفذ عليه وهو قياس قول الائمة الثلاثة « رح » وجه الاستحسان هو قوله (لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصر به) أي غرض

---

(١) لو ـ هامش .

وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة ، والصريح يفوقها . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه ، وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز ، لأن التوكيل مطلق ، لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر . قال ، ومن له على آخر ألف درهم فأمره بأن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز ، لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عيَّن البائع يجوز على

الآمر الذي صرح به (وهو تحصيل العبدين بألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة ، والتصريح يفوقها) أي يفوق الدلالة حاصل المعنى الانقسام بالسوية كان ثابتاً بطريق الدلالة ، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة .

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس في مثله ، وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل مطلق) يعني غير مقيد بخمسمائة (لكنه يتقيد بالمتعارف) وهو فيما يتغابن الناس فيه (وهو فيما قلنا) أي المتعارف فيما يتغابن الناس فيه (ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر) وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير احتمل أن المسألة لا اختلاف فيها لأن أبا حنيفة « رح » إنما قال لم يجز شراؤه على الآمر إذا أراد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها ، وأبا يوسف ومحمد قالا في الذي يتغابن الناس في مثله أنه لا يلزم الآمر ، فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسألة اختلاف واحتمل أن في المسألة اختلاف في قول أبي حنيفة « رح » إذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيراً لا يجوز على الآمر ، وفي قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على

ما نذكره إن شاء الله تعالى . وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغـــير عينه ، فاشتراه فمات في يـــده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري ، وإن قبضه الآمر فهو له . وهذا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنـه . وقالا هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور ، وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليـه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً ، ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقـــد ، فصار الإطلاق

ماانذكره إن شاء الله تعالى) إشارة إلى ماذكرهلقوله بعد عشرة خطوطاً،وبخلاف ما إذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض (وإن أمره أن يشتري بها) أي بالالف التي على الآخر (عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري وإن قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة « رح ») .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أي العبد (لازم للآمر) في الوجهين وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله (إذا قبضه المأمور) أي الوكيل(وعلى هذا) أي وعلى هذا الخلاف (إذا أمره) أى إذا أمر من عليه الدين (أن يسلم ما عليه) أى يعقد عقـد السلم (أو يصرف ما عليه) أي أو يعقد عقد العرف من غير تعيين من يسلم اليــــه أو من يعقد عقد الصرف بأن قال أسلم أو أصرف مالي عليك في كذا كان على الاختلاف وإن عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق وإنما خصهما بالذكر لدفع مـا عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس .

(لهما) أى لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن الدراهم والدنانـــير لا تتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً) يعني لا يكون في الذمة، ثم اوضح ذلك بقوله (ألاترى أنه لو تبايعا عيناً ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد) ووجب مثل ذلك الدين ، فاذا لم يتعين دراهم الدين صار التقييد والاطلاق سواء وهو معنى قوله (فصار الإطلاق) بأن

والتقييد فيه سواء ، فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده . ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنها تتعين في الوكالات . ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها، ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ، فإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز ،

قال بألف ولم يضفه إلى ما عليه (والتقييد) بأن أضافه إلى ما عليه (فيه) أي في عقد تبائع العين بالدين (سواء) فإذا كان كذلك (فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده) فصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين فإنه يجوز وكذا لو آجر حماراً أو دابة أو أمر المستأجر بالمرمة من الأجرة أو يشتري بالآجرة عبداً يسوق الدابة وينفق عليهما فصار هذا كما لو كان البائع أو المبيع متعيناً .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنها) أي أن الدراهم والدنانير (تتعين في الوكالة) قال شيخ الإسلام تتعين بعد القبض أما قبل القبض لا تتعين بلا خلاف ذكره محمد « رح » في الزيادات ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها) أي بالدراهم والدنانير (أو بالدين منها ثم استهلك) أي الآمر أو الوكيل (العين أو اسقط الدين) أي الموكل أسقط الدين بأن أبرأه عن الدين بعد التوكيل بشراء العبد به (بطلت الوكالة) ألا ترى أن الناطقي « رح » نقل في الاجناس عن الاصل الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره ان يشتري بها طعاماً فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال الناطقي « رح » هذه المسألة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة .

(فاذا تعينت) أي الدراهم والدنانير في الوكالات هو من تتمة الدليل أنها تتعين في الوكالات ، وإذا تعينت (كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين في غير أن يوكله بقبضه) وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم (وذلك لا يجوز) أي تمليك الدين من

كما إذا اشترى بدين على غـــير المشتري أو يكون أمراً بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما إذا عيَّن البائع لانه يصير وكيلاً عنه في القبض ، ثم يتملكه، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لانـه جعل المال لله تعالى وهو معلوم . وإذا لم يصح التوكيـــل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيـع تعاطياً .

غير من عليه الدين لا يجوز (كما إذا اشترى بدين على غير المشترى) بأن كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز (أو يكون آمراً) عطف على قوله لان هذا تمليك الدين من عليه الدين أي أو ان يكون آمرا (يصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله) أي أو يكون أمرا يصرف أي يدفع مالا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضي بأمثالها فكان ما ادى الديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملك الدائن قبـل القبض (وذلك باطل) أي الامر بدفع ما ليس يملكه باطل وصار هذا (كما إذا قال إعط مالي عليك من شئت) فإنه باطل لأنه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه .

(بخلاف ما إذا عين البائع) أي بخلاف ما إذا عين الموكل عين البائع (لأنه يصير وكيلا عنه في القبض) تصحيحاً لتصرفه بقدر الامكان (ثم يتملكه) أي ثم يتملكه البائع واعترض بانه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي انه يجوز بجعله وكيلا بالقبض أولاً لكونه معيناً وأجيب بأن عدم الجواز هاهنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير .

(بخلاف ما إذا أمره بالتصدق) هـذا جواب عن قياسهما على الأمر بالتصدق (لأنه جعل المال لله عز وجل وهو معلوم) لأنه إخراج المال إلى الله تعالى وهو معلوم (وإذا لم يصح التوكيل) وهذا رجوع إلى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح (نفذ الشراء على المأمور) فإذا هلك عنده (فيهلك عن ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيـع تعاطياً) أي من حيث التعاطي يعني إذا قبضه

قال ومن دفع إلى آخر ألفاً وأمره أن يشتري بها جارية فاشترى بها ، فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة ، وقـــال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور ومراده إذا كانت تساوي ألفاً لأنه أمين فيه وقـــد ادعى

الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي ، فإن هلك عنده كان من ماله فائدة الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها عندنا خلافاً لزفر والشافعي « رح » كما لايتعينان إذا كانتا عيناً لا يتعينان إذا كانتا ديناً ، ولهذا إذا اشترى شيئاً بدين له على البائـــع ثم تصادقا على انه لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثـــل ذلك الدين وذكر في الزيادات أن الدراهم والدنانير يتعينان في الهبة والوصية والمضاربة والشركة قبل القبض والتسليم .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير اختلف مشايخنا « رح » في الدراهم والدنانير أنهما عند الاشارة اليهما هـــل يتعينان في العقود أم لا قاله أبو طاهر الدباس «رح»أنهما لا يتعينان،وحكاه عن القاضي أبي حازم « رح » وهو قول أكثر مشايخ بلخ ونسبه الشيخ أبو سهل الشرعي « رح » إلى عامة المشايخ « رح » .

وقال الكرخي «رح» إذا أشار إليها لتعينت ، ولكن مع هذا للمشتري أن يمنعهـــا ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينها وبين غيرهـــا ، وفسر الشيخ أبو المعين « رح » قول الكرخي « رح» بأنها يتعينان في العقود ، جوازاً لا وجوباً ، ثم قال وعـــن أصحابنا روايتان في الدراهم والدنانير هل يتعينان . في العقود الفاسدة والمختار عـدم التعيين ، ثم اعلم أن عدم تعين الدراهم والدنانير في حق الاستحقاق لا غير ، فإنها يتعينان جنساً وقدراً ووصفاً ، بالإتفاق ، وبه صرح الإمام العتابي « رح » في شرح الجامع الصغير .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن دفع إلى آخر ألفاً وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها ، فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة ، وقال المأمـــور اشتريتها بألف ، فالقول قول المأمور) إلى ها هنا لفظ الجامـــع الصغير وقال المصنف « رح » (ومراده) أي مراد محمد « رح » (إذا كانت) أي الجارية (تساوي ألفاً لأنه أمين فيه وقـــد ادعى

الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر ، فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانــــه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن . قال ، وإن لم يكن دفـع إليه الألف فالقول قول الآمر . أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة . وإن كانت قيمتها ألفاً فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هــــذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد والذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور . قال ، ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمناً ،

الخروج عن عهده الأمانة والآمر يدعي عليه ضمـــان خمسمائة وهو ينكر) فالقول قوله أي قول المنكر مع يمينه (فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن) .

(قال) أي محمد « رح » (وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر أمـا إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة) لأنه أمره أن يشتري جاريـــة تساوي ألفاً وقد خالف إلى شراء فيلزم المأمور (وإن كانت قيمتها ألفاً فمعناه) أي فمعنى قول محمد«رح» أن الجارية للمأمور (أنهما يتحالفان لأن الوكيل والموكل في هذا) أي في هــــذا الفصل (ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور) لأن بعد التحالف ينفسخ العقـد التقديري الذي جرى بين الآمر والمأمور .

(قال) أي محمد « رح » (وإن [1] أمره أن يشتري له هـــذا العبد ولم يسم له ثمناً

---

(١) لو – هامش .

فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة ، وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور ، فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ها هنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر وفي المسألة الأولى وهو غائب، فاعتبر الاختلاف . وقيل يتحالفان لما ذكرناه ، وقد ذكر معظم يمين التخالف وهو يمين البائع ، والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل ، إذ لم يجر

فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمس مائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور) أي صدق بائع العبد الوكيل فيما قاله (فالقول قول المأمور مع يمينه) وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

(قيل لا تحالف ها هنا) وهو قول أبي جعفر الهندواني « رح » (لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر) يعني يجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء عقد ، ولو أنشأ العقد يلزم الجارية للآمر فكذا هنا (وفي المسألة الأولى) وهي للتي سبقت الآن (هو) أي البائع(غائب فاعتبر الاختلاف)الذي كان بين الآمر والمأمور ووجب التحالف ، وها هنا البائع الحاضر .

(وقيل يتحالفان) وهو قول أبي منصور الماتريدي « رح » (لما ذكرناه) أشار به إلى قوله لأنهما نزلا منزلة البائع والمشتري (وقد ذكر) أي محمد « رح » هذا جواب عمال يقال المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه ، فالتحالف يخالفه . أجاب بقوله وقد ذكر محمد « رح » في الأصل (معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) لأن البائع هو الوكيل جعله معظم يمين التحالف لأن يمين البائع مخصوص بصورة التخالف وليس المشتري كذلك لأنه يجب عليه اليمين بكل حال لكونه منكراً .

(والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي) هذا جواب عن قول أبي جعفر « ر ح » أنه ارتفع الخلاف بتصادقهما وتقرير الجواب أن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي (عنهما) أي عن الوكيل والموكل (وقبله) أي وقبل استيفاء الثمن (أجنبي عن الموكل إذ لم يجر

بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف ، وهذا قول الإمام أبي منصور « رح » وهو أظهر والله أعلم بالصواب .

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال ، وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من

بينهما بيع فلا يصدق عليه) أي الوكيل (فبقي الخلاف) أي بين الآمر والمأمور والتخالف وقال المصنف « رح » (وهذا قول الإمام أبي منصور الماتريدي « رح » وهو) أي قول الإمام أبي منصور « رح » (أظهر) أي أصح وفي جامع قاضي خان « رح» قول أبي جعفر أصح . وفي الكافي هو الصحيح . وقال الإمام المحبوبي « رح » في جامعه بعد هذا ، إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل وإن اختلفا فقال الوكيل أمرتني بالشراء بالألف . وقال الآمر بخمس مائة ، فالقول للآمر . وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » فيلزم العبد الوكيل دون الآمر لأن الآمر يستفاد من جهته، فكان القول له ، ولو أقام البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الإثبات (والله أعلم بالصواب) .

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

أي هذا فصل في بيان حكم التوكيل بشراء نفس العبد ، والمصنف رحمه الله ذكر في هذا الفصل مسألتين : أولهما توكيل العبد رجلاً ليشتريه من مولاه، والثانية أن يوكل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه . فالعبد في الأولى موكل، والثانية وكيل . وتحمل الترجمة على طبق الوجهين لمقتضى أن الألف واللام في التوكيل بدلاً من المضاف إليه ، فالتقدير في الوجه الأول فصل في التوكيل العبد رجلاً ليشتريه لنفسه من مولاه ، وفي الوجه الثاني فصل في توكيل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه ، وعلى التقديرين المصدر مضاف إلى فاعله في الوجهين ، ولكنه يختلف أيضاً ، ففي الأول المفعول هو الرجل ،وفي الثاني هو العبد والأكمل رحمه الله سعى هنا حيث جعل المصدر مضافاً إلى الفاعل والمفعول وليس كذلك والوجه ما قلناه .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من

مولاي بألف ، ودفعها إليه ، فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر ، والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه ، إذ لا يرجع عليه الحقوق ، فصار كأنه اشترى بنفسه . وإذا كان إعتاقاً أعقب الولاء وإن لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها

مولاي بألف درهم ودفعها إليه) أي دفع العبد الألف إلى الرجل الذي وكله (فإن قال الرجل) أي الوكيل (للمولى اشتريته) أي العبد (لنفسه) أي لنفس العبد (فباعه على هذا) أي على هذا الوجه (فهو حر) أي العبد يصير حراً (والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه) أي من العبد (إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل) لأن العبد لا يملك ، وإن ملك لأنه ليس بأهل أن يملك مالاً فصار مجازاً عن الإعتاق إذ البيع إزالة ملك بعوض ، والإعتاق إزالة لا إلى أحد ، فجاز أن يستعار منه . كذا قاله تاج الشريعة « رح » .

حاصل الكلام ما قاله المصنف « رح » أن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال ، والإعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك بأن شراء العبد لنفسه قبول منه للمعتق ببدل .

(والمأمور سفير عنه) أي عن العبد حيث أضاف العقد إلى موكله (إذ لا يرجع عليه الحقوق) هذا تعليل لقوله سفير عنه ، أي لأن حقوق العقد لا ترجع إليه كما إذا كان كذلك (فصار كأنه) أي كأن العبد (اشترى نفسه) من نفسه .

(وإذا كان اعتاقاً أعقب الولاء) لأن الولاء للمعتق (وإن لم يبين للمولى) أي وإن لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد (فهو عبد للمشتري) أي يكون العبد للمشتري (لأن اللفظ) أي قوله اشتريت عبدك بكذا موضوع (حقيقة للمعاوضة) لأن المولى قال بعت هذا العبد بألف ، وقال الوكيل اشتريت وليس بحقيقة للاعتاق (وأمكن العمل بها)

إذا لم يبين فيحافظ عليها . بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين ، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانـــه كسب عبـده وعلى المشتري الالف مثله ثمناً للعبد ، فإنه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غـــيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد، وفي الحالين المطالبة

أي بحقيقة اللفظ (إذا لم يبين) أي إذا لم يقـــل اشتريت عبدك لأجل عبدك (فيحافظ عليها) أي على المعاوضة .

(بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يجعل الاعتاق لتعـذر العمل بالمعاوضة فإنه ليس بأهل أن يملك مالاً فصار مجازاً عن الاعتاق وهو معنى قوله (لأن المجاز فيه متعين) والمجاز معنى إزالة الملك فإن البيع يزيل الملك بعوض على آخر ، والأعتاق يزيل لا إلى آخر وقد مر الكلام فيه .

(وإذا كان معاوضة يثبت الملك له) أي المشترى (والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله) أى مثل ذلك الألف حال كونه (ثمناً للعبد) وقال الكاكي « رح » ثمناً نصب على التمييز ، قلت الأوجه أنه يكون حالاً بتأول تثميناً (فإنه) أى فان الثمن (في ذمته) أي في ذمة المشتري (حيث لم يصح الأداء) المشترى هو المأمور . قال في النهاية وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشترى ، وأما إذا وقع الشراء للعبد حتى يعتق هل يجب على العبد ألف أخرى . قال الإمام قاضي خان « رح » لم يذكره في الكتاب ولكن يجب عليه ألف أخرى ، لأن الاول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه .

(بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أي من غـــير العبد بأن وكل أجنبي أجنبياً آخر بشراء العبد من مولاه (حيث لا يشترط بيانه) بأن يقول وقت الشراء اشتريتـــه لموكل لوقوع الشراء للموكل (لأن العقدين) يعني الذي يقـع له والذي للموكل (هنالك) أي في حق البائع (على نمط واحد) أى على نوع واحد وهو المبايعـــة والنمط والنوع والطريقة أيضاً (وفي الحالين) أى في حال الاضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله (المطالبة

يتوجه نحو العاقـــد . أمـــا هنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان . ومن قال لعبد أشتر لي نفسك من مولاك ، فقال لمولاه بعني

يتوجه نحو العاقد) فلا يحتاج إلى البيان (أما هنا) أي في صورة توكيل العبد بشراءنفسه (فإن أحدهما [1]) وفي بعض النسخ أما هاهنا فأحدهما بدون لفظة **فإن أي أحد الحالين** (إعتاق معقب للولاء لا مطالبة فيه على الوكيل) لأنه سفير .

هذه رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ، أن العبد يعتق والمال علىالعبد دون الوكيل ، وذكر في باب الوكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل ، وهكذا ذكر في وكالة الجامع ولو بين للمولى أنه يشتريه لنفسه لكنأضاف الشراء لنفسه ، ذكر محمـــد « رح » في كتاب الوكالة أن العبد يعتق والثمن على العبد لا الوكيل ، وذكر في الجامع الكبير وجب الثمن على الوكيل ويرجع به على العبد . وعن عيسى بن أبان « رح » الصحيح أن الثمن على العبد .

(والمولى عساه لا يرضاه) أي الاعتاق لأنه لو أعتق والمولى لا يعلم به يلزمـه الضرر ولا يرضى به، لأن ولاءه يكون له ، فهو موجب جنايته يكون أيضاً عليه بحـكم الولاء فتعذر تنفيذه على المولى وأمكن تنفيذه على الوكيل والآخر معاوضة محضة، والمطالبة على الموكل (ويرغب) أي المولى عساه يرغب (في المعاوضة المحضة فـلا بد من البيان) قوله عساه لا يرضاه حق الكلام أن يقال عساه وأن لا يرضاه لأن قوله لا يرضاه في محلالنصب يعني ولكنه شبه عسى بكاد ، فاستعمل استعماله وذكر ضمير الغائب مقام الظاهر أحـد المذاهب الثلاثة كما عرف في موضعه .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك منمولاك) هذه هي المسألة الثانية من المسألتين اللتين شملتا هذا الفصل (فقال) أي العبد (لمولاهبعني

---

(١) فأحدهما – هامش .

نفسي لفلان بكذا ، ففعل فهو للآمر ، لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه ، لأنه أجنبي عن ماليته ، والبيع يرد عليه من حيث أنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن ، فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً ، فيقع العقد للآمر .

نفسي لفلان بكذا ففعل) أي المولى (فهو) أي العقد والعبد (للآمر لأن العبد يصلح أن يكون وكيلا عن غيره في شراء نفسه) وبه قال الشافعي « رح » في قول ومالك « رح » وأحمد «رح». وقال الشافعي «رح» في قول لا يصلح فلا يجوز هذا التوكيل (لانه) أي لأن العبد (أجنبي عن ماليته) لانها لمولاه ، ولهذا لو أقر بماليته لغيره لا يصلح (والبيع يرد عليه) أي على العبد (من حيث أنه مال) فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه (إلا أن ماليته في يده) استثناء عن قوله لانه أجنبي عن ماليته لانها لمولاه إلا انها بيده (حتى لا يملك البائع) وهو المولى (الحبس بعد البيع) لاستيفاء الثمن لان ماليته في يده لكونه مأذوناً له كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي في يده لم يكن للبائع حبسه (لاستيفاء الثمن فاذا أضافه إلى الآمر صلح فعله) أي فعل العبد نتيجة الدليل، وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صح فعله (امتثالاً) فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً (فيقع العقد للآمر) قياساً على حر توكل بشيء وفعله، وقوله ففعل فهو للآمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت .

وهو يخالف ما ذكر في الجامع فإن اضافة العقد إلى الموكل إنما تفيد الملك إذ وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي ، فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه ، فيتم بقول المولى بعت مسبوقاً بقول العبد بعني نفسي، فان قلت إذا اضاف إلى الموكل فمن الطالب

وإن عقد لنفسه فهو حر ، لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة ، والعبد وإن كان وكيلاً بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل . وكذا لو قال بعني نفسي ، ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين ، فلا يقع امتثالاً بالشك ، فيبقى التصرف واقعاً لنفسه .

بالثمن أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد ، فان قلت قد يكون محجوراً عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق ، وأجيب بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه ، فان المباشرة تستدعي به تصور صحة المباشرة ، وهو إذن .

(وإن عقد لنفسه فهو حر) يعني إذا قال بعني نفسي مني فقال المولى بعت ،فهو حر (لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة) لانه علم أن البيع منه اعتاق (والعبد وان كان وكيلا) هذا جواب اشكال وهو أن يقال ينبغي أن لا يجوز بيعه لنفسه لانه وكيل بشراء معين لا يتمكن من أن يشتريه لنفسه فينبغي أن لا يتمكن العبد من ذلك فأجاب بقوله والعبد وان كان وكيلا (بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر) وهو الإعتاق على مال فكان مخالفاً (وفي مثله ينفذ الشراء على الوكيل) والوكيل اذا خالف نفذ الشراء على الوكيل .

(وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق) وهو قوله – بعني نفسي – (يحتمل الوجهين) أي يحتمل أن يكون مشتريا بنفسه لنفسه ويحتمل أن يكون مشتريا لغيره (فلا يقع امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه) لان الظاهر ان الانسان يتصرف لاجل نفسه لا سيما تصرفاً يحصل منه الإعتاق.

وقال الاكمل « رح » وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم ، واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة بالنية ، وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي إضافة العبد العقد إلى نفسه، فإن حقيقة بالنسبة اليه غير مقصود ورضى المولى بذلك ، واليه أشار بقوله وقد

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة

رضي المولى به دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحاً لأنا نقول الاحتمال إنما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه ، وهي خارجة عن مفهوم اللفظ .

(فصل في البيع)

أي هذا فصل في بيان احكام التوكيل بالبيع ولما فرغ عن بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان التوكيل بالبيع ، وأخر هذا الفصل عن بيان الفصل المتقدم لأنه يتضمن الإزالة وذاك يتضمن الإثبات وهو مقدم .

(قال) أي القدوري « رح » (والوكيل بالبيع والشراء لايجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له) مثل ابنه وأخيه (عند أبي حنيفة رضى الله عنه) وبه قال الشافعي « رح » في قول ومالك وأحمد « رح » في وجه .

(وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) أي وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يجوز بيعه من الأقارب الذين لا تقبل شهادته لهم بمثل القيمة ، اشارة إلى أنه لا يجوز بغبن يسير وإلا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة ، ولكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بيعه من هؤلاء بالغبن اليسير لأن اليسير ملحق بمثل القيمة .

وقال فيها لو باع ممن لا تقبل شهادته له بأكثر من القيمة يجوز بيعه بلا خلاف وبالغبن الفاحش لا يجوز بلا خلاف وفي الغبن اليسير يجوز عندهما ولا يجوز عنده ، وبمثل القيمة عند أبي حنيفة « رح » روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة « رح » وبيعه منهم بأكثر من القيمة

إلا من عبده أو مكاتبه ، لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة .

وشراؤه منهم بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمـــة يجوز عندهما وكذا عند أبي حنيفة « رح » باتفاق الروايات .

(إلا من عبده أو مكاتبه) فإنه لا يجوز عندهما أيضاً لأن البيع من هؤلاء كالبيع من نفسه فلا يجوز وقيد في المبسوط بقوله إلا من عبده الذى لا دين عليه لأن كسبه لمولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه إشارة إلى انه إذا كان عليـــه دين يجوز في تعميم المشيئة ثم الوكيل بالبيـع لا يجوز أن يبيعـه من نفسه عندنا والشافعي « رح » وأحمد « رح » في ظاهر مذهبه .

وعن أحمد « رح » في رواية يجوز ، وبه قال مالك والاوزاعي « رح » إذا لم يخاف لعدم التهمة ، قلنا لو جاز يؤدى الى التضاد في الأحـكام فإنه يكون مستزيداً ومستنقصاً ايضاً ومخاصما في العيب ومخاصماً وفيه من التضاد ما لا يخفى .

وفي المبسوط المراد من عدم الجواز في البيع من هؤلاء عند أبي حنيفة «رح»في مطلق الوكالة . أما لو قيد الوكالة بتعميم المشيئة بأن قـــال بع لمن شئت يجوز البيـع من هؤلاء بلا خلاف ، بخلاف البيـع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز فإن قيـل يشكل على قول أبي حنيفة « رح» بيـع المضارب من هؤلاء بمثـل القيمة حيث يجوز سهواً ظهر الربح أم لا ، والمضارب قبل ظهور الربح وكيل . قلنا قـال بعض مشايخنا « رح » عدم الجواز عنده مطلقـــاً على ما إذا باعه بالغبن ، أما البيـــع بمثل القيمةفجائزفي المضاربة من هؤلاء .

(لأنالتوكيلمطلق) أيعنالتقييد بشخصدون آخر ،والمطلق يعمل باطلاقه (ولاتهمة) أي في البيـع بمثل القيمة هذا نفى التهمةمنحيثالمالية وقوله (إذ الاملاك متباينةوالمنافع منقطعة) ففي التهمة إيثار الغبن،فكانهذا جواب عن قول أبي حنيفة «رح»أن في البيـع بمثل القيمة تهمة إيثارالغبن فلما كانتالمنافعمنقطعة لم يكنالوكيلمبيعاًبذلكالغبنفلايورث التهمة والدليل على تباين الأملاك حل وطء الإبن جاريته،ولا يحل وطء جارية أبيه لتباين

بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى حق في كسب المكاتب ، وينقلب حقيقة بالعجز . وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ، ولأن المنافع بينهم متصلة ، فصار بيعاً من نفسه من وجه الإجارة والصرف على هذا الخلاف .

ملك أبيه عن ملكه وتباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع . (بخلاف العبد) فإنه لا يجوز بيع الوكيل من عبده الذي لا دين عليه (لأنه بيع من نفسه) أي لأن بيع الوكيل من عبده بيع من نفسه (لأن ما في يد العبد حق المولى [1] وكذا للمولى حق في كسب المكاتب) حتى لا تصلح تبرعاته ولا تزويج عبده (فينقلب) أي حق المولى (حقيقة) أي ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك (بالعجز) أي بعجز **المكاتب عن** أداء بدل الكتابة لأن المولى يملك حينئذ جميع المال في يده .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات) لأن الوكالة شرعت للأمانة ، فيكون الوضع موضع الأمانة ، فلو كانت التهمة داخلة فيها لعاد على موضعه بالنقض (وهذا موضع التهمة) التهمة مأخوذة من وهم بالفتح ، أى ذهب يعني يذهب الوهم أنه انما يختار هذا النفع لنفسه فيكون عاملا لنفسه والوكيل يعمل بغيره (بدليل عدم قبول الشهادة) فيما بينهم لتهمة الانتفاع بمال الآخر (ولأن المنافع بينهم متصلة فصار) أي بيع الوكيل من هؤلاء (بيعاً من نفسه من وجه) وصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه ، وفي البيع إخراج وإدخال من الجانبين ، وفي البيع من هؤلاء إخراج إلى نفسه من وجه فلا يجوز .

(والإجارة والصرف على هذا الخلاف) أي الوكالة بالإجارة والصرف على الخلاف

---

(١) للمولى — هامش.

قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة « رح » . قالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير ، ولأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف

المذكور ، وإنما خصها بالذكر لأن الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها البيع ، وكان يجب ان لا يجوز مع هؤلاء ، فبين انها على الاختلاف ايضاً وفي الكافي ولو اشترى من هؤلاء ، عيناً بثمن معلوم وأراد بيعه مرابحه لم يجز بلا بيان عنده ، خلافاً لهما بناء على هذا الأصل .

(قال) أي القدوري « رح » (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة « رح ») ليست هذه المسألة الوكيل بالبيع مطلقاً يملك البيع بما عز وهان وباى من كان وإلى أجل كان متعارفاً وغير متعارف .

(وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه) أي قاله أبو يوسف ومحمد «رح» لا يجوز الغبن الفاحش ويجوز بالغبن اليسير (ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير) أي لا يجوز بغير النقود .

وقال الشافعي ومالك وأحمد « رح » يجوز بثمن المثل وبنقد البلد ، فان كانت النقود مختلفة بمقير الاغلب ولا يبيع إلا حالا ، وإن استويا باع بما هو أنفع للموكل ، وفي الذخيرة إذا باع بأجل متعارف فيما بين الناس في تلك الساعة ، بأن باع مثلا إلى خمسين سنة وما اشبه ذلك ، فعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يجوز ، وعندهما لا يجوز ، ثم قال إنما يجوز البيع بالنسبة إذا لم يكن في اللفظ ما يدل على البيع بالنقد ، أما اذا كان لا يجوز وذلك نحو ان يقول بعه واقض ديني ، أو قال بعه فان الغرماء يلازمونني ، أو قال بعه فإني احتاج الى نفقة عيالي ، ففي هذه الصور لا يجوز بيعه نسيئة بالاتفاق .

(لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف) أي لأن المطلق بالأمر يتقيد بما هو متعارف بين

لأن التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها ، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود . ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة . ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه ، وكذا المقايضة ، بيع من وجه وشراء من وجه ، فلا يتناوله مطلق اسم البيع . ولهذا لا يملكه الأب والوصي .

الناس (لأن التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا) أي ولاجل تقيد التصرفات بمواقعها (يتقيد التوكيل بشراء الفحم) وفي بعض النسخ بشراء الفحم وهو أليق بقران قوله بزمان الحاجة ، إذ كل الأزمان زمان الحاجة إلى اللحم (والجمد) بسكون الميم لا غير ما جمد من الماء (والاضحية بزمان الحاجة) في تلك السنة لا السنة الآتية .

الحاصل أن التوكيل بشراء الفحم يتقيد بأيام البرد والجمد بأيام الصيف والاضحية بأيام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ، وقيل هذا قولها ، أما على قول أبي حنيفة « رح » لا يتقيد ولو وكله بشراء اللحم يدخل فيه لحم البقر والإبل والضأن وقيل إن كان الأمر غريباً يتصرف إلى المطبوخ ولا يدخل الكرش والبطون والاكباد والرؤوس والاكارع واللحم القديد ولحم الطيور والوحوش وكذا لا تدخل الشاة حية أو مذبوحة غير مسلوخة ، وعند الائمة الثلاثة «رح» يقع على ما يباع في العادة في الكل .

(ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه) وهو ظاهر (وهبة من وجه) ألا ترى أنه لو باع مريض بالغبن الفاحش يعتبر من الثلث ، والاب والوصي لا يملكان البيع بالغبن الفاحش (وكذا المقايضة) أي البيع بالعرض (بيع من وجه وشراء من وجه) وهو وكيل بالبيع لا بالشراء (فلا يتناوله) أي فلا يتناول التوكيل بالبيع في البيع بغبن فاحش وفي بيع المقايضة (مطلق إسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل .

وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن . والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة « رح » على ما هو المروي عنه ، وأنه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به ، غير أن الأب والوصي لا يملكانه

(ولأبي حنيفة « رح » أن التوكيل بالبيع مطلق) يعني غير مقيد بشيء (فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة) فيتناول كل ما يطلق عليه البيع (والبيع بالغبن) بالغين المعجمة والباء الموحدة (أو بالعين) بالعين المهملة وسكون الياء آخر الحروف، وهو العرض ، وهذا جواب عن قولهما يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن والعين (متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم) بالعين ، من تبرم به إذا شبه وكذا برم به بالكسر وعند العامة (من العين) لا يبالي بقلة الثمن وكثرته (والمسائل) أي مسائل شراء الفحم والجمد (ممنوعة على قول أبي حنيفة « رح » على ما هو المروى عنه).

ويقال من جهة أبي حنيفة « رح » ولئن سلمنا أن التوكيل يتقيد فنقول إنما يتقيد بدلالة العرض لا بدلالة العادة ، لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء ، والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر ، وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص العين كالحدادين وغيرهم أو تربص الجمد ، كالفقاعيين وغيرهم لا يتقيد ، كذا قال الإمام علاءالدين «رح» في طريقة الخلاف، وكذلك التوكيل بالأضحية ، يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة ، لأن غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة .

(وأنه) أي وأن البيع بالغبن أو العين (بيع كل وجه حتى أن من حلف أن لا يبيع يحنث به) أي بالبيع بالغبن أو العين ، فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين جعل في الوكالة كذلك (غير أن الأب والوصي) جواب عما يقال لو كان ذلك بيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصي ، وتقرير الجواب أن الأب والوصي (لا يملكانه) أي البيع بالعين

مع أنه بيع ، لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه . والمقايضة شراء من كل وجه وبيـــع من كل وجه لوجود حـد كل واحد منهما . قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها . ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله ، لأن التهمة فيه متحققة ، فلعله اشتراه لنفسه ،

(مع أنه بيـع) يعني يطلق عليـــه أنه بيـع (لأن ولايتهما نظرية) أي لأن ولاية الأب والوصي على الصغير من حيث النظر في أمرهما بالشفقة وأيضاً النفـع اليه (ولا نظر فيه) أي في بيـع الغبن .

(والمقايضة) جواب عن قولهما ، وكذا المقايضة وتقرير الجواب أن المقايضة (شراء من كل وجه وبيـع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما) وهو مبادلة المـال بالمال على وجه التراضي،وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيـع من كل وجه وشراء من كل وجه ، فإن قيل فمن المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة. قلنا إنما كان محالاً إذا كان ذلك من جهة واحدة ، وليس كذلك ، فإنه بيـع من كل وجـــه بالنسبة إلى غرض نفسه ، وشراء بالنسبة إلى غرض صاحبه ، فإن قيـــل إذا كان الأمر كذلك ، فمن أي وجه رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيـع . قلنا ذكر في المبسوط جانب البيـع يرجح على جانب الشراء في البيـع بالغرض . ألا ترى أن أحد المضاربين إذا اشترى بغير إذن صاحبه ، كان مشترياً لنفسه ، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئاً من مـال المضاربة يوقف على إجازة صاحبه ، فإنه باعه بغرض .

(قال) أي القدوري رحمه الله (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثـــل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثـــله) وهو الغبن الفاحش ولا خلاف فيه بين الائمة الأربعة(لأن التهمة فيه متحققة) أي في هـــذا الشراء لتحقق التهمة فيه ، والتهمة معتبرة في باب الوكالة ، ألا ترى أن الوكيل بالبيـع لا يبيع من أبيه وأبنه للتهمة (فلعله) أي ولعل الوكيل (اشتراه) أي اشترى الشيء الذي وكل به (لنفسه)

فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه ، قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح ، إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده ، لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد ، فلا تتمكن هذه التهمة

أي لأجل نفسه (فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره) أي لغير نفسه لأنه لما رأى الخسران في الشراء ألحقه بالموكل (على ما مر) إشارة إلى ما ذكر في المتن قبل ورقة بقوله – لأنه موضع تهمة – بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر (حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه) .

(قالوا) أي قال المشايخ وأراد به عامة المشايخ « رح » فإن بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش ، وقال لا يتحمل فيه اليسير أيضاً (ينفذ على الآمر) لانتفاء التهمة (لأنه لا يملك شراءه لنفسه) أي لأن الوكيل لا يملك أن يشتريه لنفسه ، وإن نوى الشراء لنفسه وصرح بذلك ، بأن قال اشهدوا اني قد اشتريتها لنفسي إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خير ، أو خالف إلى جنس آخر على ما مر مرة . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها في ما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد ، فأما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم إذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت قال في بيوع التتمة وبه يفتى .

(وكذا الوكيل بالنكاح) على الخلاف المذكور (إذا زوجه) أي موكله (امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » ووقع في بعض النسخ جاز عقده بالقاف ، والظاهر أنه تصحيف وإن كان له وجه (لأنه لا بد من الإضافة) أي من إضافة العقد (إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة) وأشار به إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة ، قال محمد « رح » في الأصل وإذا وكل رجل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها، فزوجها إياه فهو جائز ، فان زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله، فهو جائز، وإذا

ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد . قال ، والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخـــل تحت تقويم المقومين ، وقيل في العروض ده نيم ، وفي الحيوانات ده يازده ، وفي العقارات ده دوازده

أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن ترضاه (ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد) أي لأنه لا يضيف العقد إلى الموكل حيث يقول اشتريت ، ولا يقول لفلان .

(قال) أي القدوري رحمه الله (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) لما ذكر الغبن اليسير والفاحش شرع أن يبين كيفيتها فقـــال والذي ... إلى آخره وقوله والذي مبتدأ وخبره هو قوله ما لا يدخل ، ومقابل هذا مما يتغابن فيه ، وقال الطحاوي رحمه الله في مختصره ، والمقدار الذي يتغابن الناس نصف العشرة وأقل منه ، وهـذا غير منصوص عنهم ، ولكن مذاهبهم تدل عليه .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال مايتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ، ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل ، وما لا يدخل فهو كثير . ومنهم من قال ذلك مفوض إلى رأى القاضي .

(وقيل) هذا معطوف على ما تضمن قوله ما يدخل تحت تقويم المقومين وهو بيان للغبن اليسير ، وقال نصير بن يحيى « رح » أنه قال قدر ما يتغابن الناس فيه (في العروض ده ثم بفتح الدال المهملة وسكون الهاء إسم عشرة بالفارسي ونيم بكسر النون وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره ميم وهو اسم النصف والمراد هنا نصف درهم (وفي الحيوانات ده يا زده) وهذا اسم لأحد عشر وزياده بالياء آخر الحروف بعدها ألف ثم زاي ساكنة ثم دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة (وفي العقارات ده دوأزده) وهـذا اسم لاثني عشر ودونزده بضم الدال المهملة وبالواو وسكون النون بعـد الألف وسكون الزاي والتقاء الساكنين عندهم مفتقر كثير وبعد الزاي دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة .

وقال الاترازي « رح » ناقلا عن لفظ الشيخ أبي المعين النسفي ومحمد « رح » قدر في هذا الكتاب بده نيم يعني في الجامع الكبير ومشايخ بلخ أدخلوا ذلك على ما قال الفقيه

لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقـــل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف . قال ، وإذا وكله ببيـع عبد له فباع نصفه ، جاز عند أبي حنيفة « رح » لأن اللفظ مطلق من قيد الافتراق والاجتماع . ألا ترى أنه لو بـاع الكل بثمن النصف يجوز عنده ،

أبو القاسم بن شعيب بن إدريس « رح » حكى عنهم انهم قدروا اليسير في العقار بده دوا زاد وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم .

(لأن التصرف يكثر وجوده في الأول) وهو قوله في العروض ده نيم (ويقـــل في الأخير) وهو قوله في العقـــارات ده دوازده (ويتوسط في الأوسط) وهو قوله في الحيوانات ده يا زده (وكثرة الغبن لقلة التصرف) .

وأوضح ذلك الشيخ الاكمل « رح » قال بلا ، فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيراً لزم الآمر ، وإن زاد على ذلك لزم الموكل ، والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص من كثرتها وقلتها ، وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته . وفي القسم الاول كثير وفي الاخير قليـــل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل أصلا والدرهم مال يحبس لأجله ، فقد لا يتسامح به وفي المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً والنصف من النصفة فكان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب المواقع ، فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا وكله ببيـع عبد له فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) يعني إذا وكل رجل رجلا ببيـع عبده أي مطلقاً ، وإنما وضع المسألة في العبد ليترتب عليه هذا الاختلاف المذكور لأنه إذا باع نصف مـــا وكل ببيعه وليس في تفريعه ضرر ، كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح (لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجري على إطلاقه واستوضح بقوله :

(ألا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده) أي عند أبي حنيفة رضي الله

فإذا باع النصف به أولى . وقالا لا يجوز لأنه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة ، إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الإمتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة . وإذ لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ، وهذا استحسان عندهما .

تعالى عنه (فاذا باع النصف به) أي بذلك الثمن (أولى) لأن إمساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن أنفع له من بيع الكل بذلك الثمن ، وإنما قيد بقوله عنده لانه لايجوز عندهما لانه غبن فاحش ، وبه قال الشافعي واحمد رحمهما الله،فان قيل إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لعدم الشركة ، أما في بيع النصف بنصف الثمن يلزم الشركة وهي عيب في الأعيان ، فكان مخالفه إلى الشراء . قلنا ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف ، فلما جاز ذلك على قوله فلان يجوز هذا وهو أهون أولى .

(وقال لا يجوز لأنه غير متعارف) لأن التوكيل به ينصرف إلى التعارف وبيع النصف غير متعارف (ولما فيه من ضرر الشركة) أي لما في بيع النصف من ضرر الشركة لأنها عيب (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أي الوكيل والموكل (لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى ان يفرق ، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين انه وقع وسيلة) إلى الامتثال (وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا) أي كون البيع موقوفاً إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (استحسان عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، لأن القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف .

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير ، وفي قول زفر « رح » يكون الشراء لنفسه في الأحوال كلها وفي شرح الطحاوي ،ولو اختصم الوكيل مع الموكل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي وألزم القاضي الوكيل ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم

وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفـــه فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيـــه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصـــاً شقصا . فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيـع تبين أنه وقع وسيلة تنفيذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لأبي حنيفة « رح »

الوكيل بالإجماع ، وكذلك هذا الحـــكم في جميع الاشياء التي في تنقيصها مضرة،ويكون التنقيص فيه عيباً كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك والذي ليس فيه التنقيص عيباً ، فاشترى بعضه لزم الآمر وقد مر هذا عن قريب ولو وكله بشراء عبدين فاشترى له أحدهما لزم الآمر بالإجماع ، وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحـداً منها لزم الآمر .

(وإذا [1] وكله) وفي بعض النسخ وإن وكله أي وإن وكل رجل رجلا (بشراءعبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف) بالاتفاق وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية ، وقالا في قول ورواية لا ينفذ على الآمر (فـــإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال ، بأن كان موروثاً من جماعـة فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصاً) الشقص القطعة من الأرض ، والطائفة من الشيء ، فإذا اشترى شقصاًشقصاً حتى اشترى الباقي كان وسيلة إلى تحصيل مقصود الأمر فجـــاز واليه أشار بقوله (فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر البيـع تبين انه وقع وسيلة ، فينفذ على الأمر) لأنه يصير كأن اشترى جملة ، وزالت التهمة (وهذا بالاتفاق) لأنه لما اشترى باقيه ارتفع الخلاف .

وقال القدوري رحمـــه الله في كتابه المسمى بالتقريب ، قال أبو يوسف « رح » إذا وكل رجل رجلا أن يشترى له عبداً فاشترى نصفه جاز عتق الأمر فيــه ، ولم يجز عتق الوكيل ، وقال محمد « رح » يجوز عتق الوكيل فيـــه دون الموكل (والفرق لأبي حنيفة

---

(١) وإن – هامش .

أن في الشراء تتحقق التهمـــة على ما مر . وآخر أن الآمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه ، والآمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق . قال ، ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه

رحمه الله) أي بين البيـع والشراء (ان في الشراء تتحق التهمة) لأن صحة الامر بتسمية العبد ونصف العبد ليس بعبد ، فلا يصير به ممتـــلا أمر الآمر ، واما في جانب البيـع فصحة التوكيل باعتبار ملك العين وذلك موجود في البعض فيعتبر فيه إطلاقه .

وتحقيق الكلام فيه أن أبا حنيفة رضي الله تعـــالى عنه يعتبر العموم والاطلاق في التوكيل بالبيـع ، وأما في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء (على ما مر) إشارة إلى قوله الذي تقدم لان التهمة فيه متحققة ، (وآخر) أي فرق آخر بـين البيـع والشراء (إن الامر في البيـع [1]) أي في صورة التوكيل بالبيـع (يصادف ملكه) أي ملك الآمر (فيصح) أي أمره لولايته على ملكه (فيعتبر فيه اطلاقه) أي إطلاق الامر ، فجاز بيـع النصف لان الأمر وقـــع مطلقاً عن الجمع والتفريق .

(والامر بالشراء) أي الامر بالتوكيل في الشراء (صادف ملك الغير) وهو مـــال البائع (فلم يصح) أي الامر مقصوداً لانه لا ملك للآمر في مال الغير ، وإنما صح ضرورة لحاجته اليه ولا عموم لما ثبت ضرورته (فلا يعتبر [2] فيه الاطلاق والتقييد) فـــلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتأدى بالتعارف ، وهو شراء الكل لا البعض ، لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض ، إلا إذا اشترى البعض قبل أن يختصما على ما مر .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيـع عبده فباعـــه

---

(١) بالبيـع – هامش .

(٢) فلم يعتبر – هامش .

وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقراره ، فإنه يرده على الآمر لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يــــد البائع ، فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج ، وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً ، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع ، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ ،

وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشترى عليه) أي على البائع (بعيب لا يحدث مثــــله) كالإصبع الزائدة ، والسن الشاغية (بقضاء القاضي) أمــــا (ببينة) قامت على المأمور (أو بإباء يمين) أي القضاء بنكول المأمور عن اليمين عند توجهها اليه (أو بإقراره) أي القضاء باقرار المأمور بالعيب (فإنه) أي فان المأمور (يرده) أي يرد العبد (على الامر) من غير خصومة ، إذ الرد على الوكيل رد على الموكل (لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع) فان قيل إذا كان الوكيل مقراً بالعيب يرد عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضي فما الفائدة من ذكره ، أجيب بأنه يحتاج في صورة الاقرار إلى القضاء ، لانه يمكن أن يقر بالعيب ويمتنع عن القبول فالقاضي يجبره على القبول (فلم يكن قضاؤه مستنداً) هــذا جواب عما يقال لما كان العيب لا يحدث مثله لم يتوقف القضاء إلى هذه الحجج ، بل تقضى بدونها لعلة قطعها بوجود العيب عند البائع ، وتقرير الجواب بأن يقــال لم يكن قضاؤه مستنداً (إلى هذه الحجج) وهى البينة ، والإقرار ، والإباء عن اليمين (وتأويل اشتراطها في الكتاب) أي اشراط الحجج المذكورة في الجامع الصغير .

(أن القاضي يعلم أنه) أي أن العيب المذكور (لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ) يوضح هذا أن محمداً (رح) شرط في الجامع الصغير البينة أو الإباء أو الاقرار لاشتباه الامر على القاضي بأن العيب قديم أو لا إذ يعلم القاضي منها أن مثل هذا العيب لا يحدث مــــدة شهر مثلا ، ولكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان فيحتاج المشتري إلى واحدة من هــــذه الحجج على أن تاريخ

أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء والأطباء ، وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد ، فيفتقر إليهـــا في الرد ، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها ، وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة ، قال وكذلك إن رد عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين ، لأن البينة حجـــة مطلقة ، والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم

البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضي أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه وهذا بيان ما ذكره المصنف « رح » (أو كان عيباً) أي أو كان العيب الذي يريد المشترى الرد به عيباً (لا يعرفه النساء) كالقرن في الفرج ، والمرض الدق (والاطباء) أي أو عيبـــاً لا يعرفه إلا الاطباء ، كالسعال القديم (وقولهن ، وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة) للمشترى (لا في الرد) أي ليس بحجة في رد المبيع على البائع ، فإذا كان كذلك **(فيفتقر)** أي القاضى (اليها في الرد) أي إلى الحجج المذكورة وهي البينة والإقرار والإباء (حتى لو كان القاضي عاين البيع ، والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها) أي من الحجـــج المذكورة (وهو) أي الرد على الوكيل (رد على الموكل فـــلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة ، قال وكذلك ان رده عليه) أي إن رد المشترى المبيع على البائع (بعيب) أي بسبب عيب (يحدث مثله) أي مثل هـــذا العيب (ببينة) يتعلق بقوله إن رده (أو بإباء يمين) أي أو بالنكول عن اليمين (لأن البينة حجـة مطلقة) أي مثبتة عند الناس كافة ، فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فنفذ الرد على الموكل (والوكيل مضطر في النكول) قال الكاكي « رح » هذا جواب عن قول زفر « رح » ذكره في المبسوط.

فعند زفر « رح » لو رده بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل ولو اشترى شيئاً وباعه من غيره ثم المشترى الثـــاني رده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه .

وتقرير الجواب ان الوكيل مضطر في هذا النكول (لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم

ممارسة المبيع فلزم الأمر ، قال فإن كان ذلك بإقرار لزوم المأمور لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غـــير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول ، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله .

ممارسة المبيع فلزم الامر) تقريره إنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره الامر ، يعني انه لم يباشر أحوال العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير ، والامر هو الذي أوقعه فيه فكان الرد عليه رداً على الموكل عبداً ، فأما إذا أقر فانه مختار فيه لا مضطراً وبخلاف المشتري فإنه مضطر في النكول ولكنه بعمل باشره بنفسه فلا يرجع على غيره، كذا في المبسوط .

وقال تاج الشريعة « رح » إذا كان الرد بالبينة فظاهر ، وإذا كان بالنكول ففيه نوع إشكال لأنه جعل النكول هنا بمنزلة البينة ، وفي فصل الاستحقاق بمنزلة الإقرار، ألا ترى أن من اشترى عبداً فادعى رجل انه عبده واستحلف المشترى فنكل ، فقضى القاضى بنكوله فالمشترى لايرجع بالثمن كما أقر به المشترى ، والجواب هو الفرق بين المسألتين .

إن في مسألة الشراء سبق من المشترى ما يطلق له اليمين لكون المبيع ملكه لما أن الشراء من اسباب الملك فلم يكن مضطراً في النكول فاعتبر نكوله بإقراره ، وأما في حق الوكيل فلم يسبق منه ما يطلق له اليمين ، فكان مضطراً في النكول كما هو مضطر عند اقامة البينة ، فيعتبر نكوله بالبينة في هذا الوجه .

(قال) أي محمد « رح » (فان كان ذلك) أي العيب (بإقرار لزوم المأمور) وهو الوكيل (بأن الإقرار حجة قاصرة) لا يظهر إلا في حق المقر دون غيره (وهو غـــير مضطر اليه) أي إلى الإقرار (لإمكانه السكوت والنكول) حتى يقضي عليه اليمين ، ويقضي بالنكول والسكوت ، والنكول مرفوعان ، أي لأنه يمكنه السكوت والنكول (إلا أن له) أي غير أن له (أن يخاصم الموكل فيلزمـــه ببينة أو بنكوله) أي نكول الموكل ، لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة ، وهي الإقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ، ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجـــة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذإلى قضاء القاضي ، لأنه يقبله لا محالة .

بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء بإقرار والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث ، والبائع ثالثهما ، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة ، وهي الإقرار ، فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ، ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل إلا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله ، والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية ، لأن الرد متعين ،

(بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء بإقرار والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه) قال الأترازي « رح » كان ينبغي أن يقول يخاصم موكله ، أو يقول أمره وكان ينبغي ايضاً أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما ، لأن الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى قبل غير بالبائع عن قوله يخاصم أمره لأن البيع لما انتقل إلى الموكل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه (لأن بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما) وهو الموكل والآمر .

(والرد بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال ينبغي أن لا يكون له حق الخصومة مع الموكل إذ قد حصل الرد بإقرار الوكيل فكان بيعاً جديداً في حق الكل ، وتقرير الجواب أن الرد بقضاء القاضي فسخ (لعموم ولاية القاضي) على الوكيل والموكل فلا يحتمل أن يكون عقداً مبتدأ لفقد التراضي لأن القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخاً (غير أن الحجة) وهي الإقرار (قاصرة وهي الإقرار) يعني دليل قاصر فعملنا بهما (فمن حيث الفسخ) أي فمن حيث أن الرد بالقضاء (كان له) أي الوكيل (أن يخاصمه) الموكل (ومن حيث القصور في الحجة) أي ومن حيث أن الإقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل إلا بحجة) وهي إقامة البينة على الموكل (ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية) وهي رواية كتاب البيوع من الأصل (لأن الرد متعين) في هذا لأن الخصمين فعلا عين ما يفعله القاضي ، فإذا كان الرد متعيناً

وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا ، والحق في وصف السلامة ، ثم ينتقل إلى الرد ، ثم إلى الرجوع بالنقصان ، فلم يتعين الرد ، وقد بيناه في الكفالة بأطول من هذا ، قال ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة ، وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً ، فالقول قول الآمر ، لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق ، قال وإن اختلف في ذلك المضارب ورب المال

صار تسلم الخصم ، وتسلم القاضي سواء كتسليم الشفعة ، وقضاء الدين ، والرجوع في الهبة (وفي عامة الروايات) أي من المبسوط (ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه بيع جديد في حق ثالث .

(والحق في وصف السلامة) جواب من قال إن الرد متعين يعني حكم الأصل المطالبة بوصف السلامة (ثم ينتقل إلى الرد) بضرورة العجز (ثم إلى الرجوع) أي ثم ينتقل الى الرجوع (بالنقصان) وهي حصة العيب (فلم يتعين الرد) وفيما ذكر من المسائل متعين لا يحتمل التحول إلى غيره ، تفسير القياس لعدم الجامع (وقد بيناه) أي حكم المسائل المذكورة (في الكفالة) اسم الكتاب ألفه المصنف (بأطول من هذا) أي من الذي بيناه هنا .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قال لأخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً ، فالقول قول الآمر) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في رواية ، وعن مالك « رح » إن كانت السلعة قائمة فالقول للموكل وإن كانت هالكة فالقول للوكيل ، وعن أحمد « رح » في رواية القول للوكيل (لأن الأمر يستفاد من جهته) أي من جهة الآمر (ولا دلالة على الإطلاق) إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيداً وقد يكون مطلقاً ، ولا دليل على أحد الوجهين ، والأمر يستفاد ومن جهته فكان القول قوله كما لو أنكر أصل الوكالة .

(قال وإن اختلف في ذلك) أي في النقد وعدمه (المضارب ورب المال) بأن قال

فالقول قول المضارب، لأن الأصل في المضاربة العموم، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة، فقامت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر، حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما، فنزل إلى الوكالة المحضة، ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً أو نسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة، وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم. قال ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً فضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى[1] المال عليه فلا ضمان

رب المال أمرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم يعين شيئاً (فالقول قول المضارب لأن الأصل في المضاربة العموم) والإطلاق (ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة) ويثبت الإذن عاماً (فقامت دلالة الإطلاق) وليس كالوكيل لأن الوكالة عقد خاص (بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع من البز[2] والمضارب في نوع آخر) أي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر من البز (حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة) وفي الوكالة المحضة القول للآمر كما مر.

(ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً أو نسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة «رح» وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم) أي الوجه من الجانبين تقدم في مسألة الموكل بالبيع، والوجه هو أن أبا حنيفة « رح » يعمل بالإطلاق وهما بالمتعارف.

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ **بالثمن رهناً فضاع في يده، أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه)أي على الكفيل(فلا ضمان**

---

(١) هكذا وردت بالأصل وأظن أن الصحيح هو فطوى، اهـ مصححه.

(٢) زيادة أضيفت على المتن من قبل الشارح وأشار اليها بكلمة (نسخة).

عليه لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الإستيفاء فيملكها بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه .

عليه) أي على الكفيل ، قيل المراد من الكفالة هنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة ، وقال التمرتاشي : الوكيل بالبيع لما احتال بالثمن لم يجز عند أبي يوسف «رح» لأن الحالة تتضمن ابراء الاصيل ، والوكيل لا يملك ذلك عنده ، وقيل بل على حقيقتها ، والتوى يتحقق في الكفالة بأن مات الكفيل ، والمكفول عنه مفلساً ، وفي جامع النهاجي « رح » التوى على الكفيل بأن يموت مفلساً ، وفي الكفالة التوى على الكفيل ، بأن رفع الأمر إلى القاضي يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة ، كما هو مذهب الإمام مالك «رح» .

(لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها) أي من الحقوق (والكفالة توثق به) أي بالثمن (والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء) ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن (فيملكها) أي فيملك الوكيل الكفالة والرهن (بخلاف الوكيل بقبض الدين) أي أخذ رهناً ، أو كفيلا فانه لا يجوز (لأنه يفعل نيابة) حتى إذا نهاه عن القبض يصح نهيه (وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة) لا نيابة (ولهذا) أي فلأجل كون الوكيل بالبيع يقبض أصالة (لا يملك الموكل حجره) أي عجز الوكيل (عنه) أي عن قبض الثمن عندنا ، وقالت الأئمة الثلاثة يملك والله أعلم .

* * *

فصـــل

وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا بـه دون الآخر وهـــذا في تصرف يحتـاج فيـه إلى الـرأي ، كالبيـع ، والخلـع ، وغير ذلك ،

(فصل)

(في وكالة الاثنين) [1] أي هذا فصل في بيان وكالة الاثنين ، ووجه تأخـــيره عن وكالة الواحد ظاهر طبعاً ووضعاً قيل لم يكن لذكر الفصل كثير حاجـة ، وقيل بأنه ذكـر هنا أشياء أخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق ، والتزويج والكتابة والاعتاق ، والإجارة (وإذا وكل وكيلين فليس لأحـدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك) قال الطحاوي في مختصره ، وإذا وكل الرجل الرجلين ببيع عبد أوبابتياعه أوبتزويج امرأة أو بخلع امرأته منه على مال ، أو بعتق عبده على مال ، أو بمكاتبة ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لم يجز إلا ان يجيزه الآخر فيجوز وإن وكلهما بعتق عبده بغير مال أو بطلاق امرأته بغير ماله ففعل ذلك أحدهما دون الآخر جـــاز . وقال الأسبيجابي في شرح الطحاوي الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال إذا فعله أحدهما لا يجوز حتى يجيز الموكل أو الوكيل الآخر . وفي المبسوط هذا الذي ذكره فيما إذا وكلهما بكلام واحد ، فأمـــا إذا وكلهما بكلامين فيجوز لكل منهما أن يتصرف بدون الآخر ، لأنه إذا وكلهما بكلامين فقـد رضي برأي أحدهما ، بخلاف الوصيين إذا أوصى كل واحد منهما بكلام واحـد حيث لم ينفرد أحدهما بالتصرف في أصح القولين .

وفي شرح الطحاوي أما الوصيان فليس لاحدهما التصرف إلا بإذن صاحبه عنـــد

(١) هذه زيادة أضيفت على المتن أضافها الشارح وأشار اليها بكلمة نسخة ، اه .

لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ، والبـــدل وإن كان مقـــدراً ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري، قال

أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إلا في اشياء معروفة ، وعند أبي يوسف « رح » لكل واحـد منهما ولاية التصرف على حدة .

قلت الاشياء المعروفة سبعة ، شراء الكفن ، وقضاء الدين من المعين ، وتنفيذ الوصية في عين ، ورد الوديعة ، وشراء الطعام ، والكسوة للصغير ، والخصومة ، وقبول الهدية .
(لان الموكل رضي برأيهما لا برأى أحدهما) حتى لو باع أحدهما والآخر حاضر لايجوز إلا أن يجيز الآخر جاز ، ولو كان الآخر غائباً عنه فأجاز لم يجز عند أبي حنيفة «رح» ذكره في الذخيرة وفي المبسوط ، ولو كان أحدهما صبياً أو عبداً محجوراً لم يجز للآخر أن ينفرد بالتصرف ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقـــله لم يجز للآخر أن يتصرف لأنه ما رضي برأى أحدهما (والبدل وإن كان مقدراً) هذا جواب عما يقال إذا قـدر الموكل البدلى فلا يحتاج إلى رأيهما ، فيجوز أن يتصرف أحدهما .

وتقرير الجواب أن البدل وهو الثمن وإن كان قدره الموكل . (ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة) بأن يزداد الثمن عند اجتماع الرأى لذكاء أحـــدهما ومعرفته التامة (واختيار المشتري) أي وفي اختيار المشتري يشترى ما وكلا به لأن من المشتريين من يماطل في أداء الثمن فيختار الآخر من لا يماطل .

وقال محمد « رح » في الأصل ولو كان الموكل يسمي لهما ثمناً فباع أحدهما به لم يجـز وإن باعا جميعاً بذلك الثمن فهو جائز وإن لم يسم لهما ثمنافباعاجميعاًبثمن نسيئة ، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول هو جائز ، وإن باعا بدرهم ثمناً يساوي الفاً ، وقال أبو يوسف ومحمـد رحمهم الله إذا اخطأ من الثمن ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز .

قال أبو حنيفة « رح » وكلهما أن يشتريا له شيئاً فزاد على ثمنه مال يتغابن الناس فيمثله فإنه لا يلزمه ، وقال البيـع والشراء في ذلك مختلف في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هما سواء ، لا يجوز على الأمر إلا ما يتغابن الناس في مثله (قال)

إلا أن يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيهـــا متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة، قال أو بطلاق زوجته بغـــير عوض ، أو بعتق عبده بغير عوض ، أو برد وديعة عنده ،

أي القدوري (إلا أن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله ليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر ، يعني لو وكلهما بالخصومة جاز انفراد أحدهما بالتصرف ، وقال زفر لا يصح الانفراد فيها أيضاً ، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله ، لأنه يحتاج فيهاإلى الرأى ، ورأى الاثنين لا يكون كرأي واحد .

وقال المصنف « رح » (لأن الاجتماع فيها) أي في الخصومة (متعــذر للافضاء إلى الشغب) بفتح الشين المعجمة وسكون الغين المعجمة تهييج الشر (في مجلس القضاء) لأن فيه مهابة مجلس القضاء (والرأى يحتاج اليه سابقاً لتقويم الخصومة) هذا إشارة إلى دفع قول من قال ، ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه ، لأن الخصومة تحتاج فيها إلى الرأي والموكل رضي برأيهما ، ووجـــه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها فيكتفى بذلك ولا يشترط حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور وإطلاق محمد « رح » يدل على هذا ، وقيل يشترط ، وقال الإمام الاسبيجابي « رح » في شرح الطحاوي ، الوكيلان بالخصومة لأحدهما أن يخاصم إلا أنه إذا انتهى إلى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا ، لأن الخصومة مما لا يتأتى فيها إثنان ، والقبض مما يتأتى فيه الإجتماع .

(قال) أي القدوري «رح» (أو بطلاق زوجته بغير عوض) هذا عطف على المستثنى وهو قوله بالخصومة ، أي أو يوكلهما بطلاق زوجته بغير مال ، فلأحدهما أن يطلق خلافاً للشافعي وأحمد رحمهما الله .

وقد ذكرنا عن الطحاوي « رح » أنه إذا وكلهما بطلاق امرأته على مـــال ففعل ذلك أحدهما لا يجوز (أو بعتق عبده بغير عوض) أي أو يوكلهما بأن يعتقا عبده بغـــير مال فلأحدهما أن يعتقه (أو برد وديعة عنده) أي يوكلهما برد وديعة إلى صاحبها فلأحـــدهما

أو قضاء دين عليه ، لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض ، وعبارة المثنى والواحد سواء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما ، أو قال أمرها بأيديكما ، لأنه تفويض إلى رأيهما ، ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس ،

أن يردها ، قيد بردها لأنهما إذا كانا قد قبضاها لا ينفرد واحدهما ، وعند الشافعي وأحمد رحمها الله الرد كالقبض ، وقال محمد « رح » لما في الأصل لو وكلهما بقبض وديعة وقبضها احدهما بغير إذن صاحبه يضمن ، لأنه شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد ، فإن قيل ينبغي أن يضمن النصف ، قلنا مأمور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه وبدونه لا (أو قضاء دين عليه) أي وكلهما بقضاء دين عليه فلاحدهما أن يقضيه .

وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ، لا ينفرد أحد الوكيلين إلا في أربعة ، إذا وكلهما بالطلاق ، والثاني إذا وكلهما بالعتاق ، والثالث إذا وكلهما برد وديعة أو عارية ،أو غصب ،أو دين عليه لرجل ،والرابع إذا وكلهما بالخصومة (لأن هذه الأشياء) وهي الطلاق بلا عوض ،والعتاق بلا عوض ،ورد الوديعة ،وقضاء الدين (لا يحتاج فيها) أي في هذه لأشياء (إلى الرأى بل هو) أي بل الوكالة في هذه الاشياء ، وفي بعض النسخ ،بل هو ، أي التوكيل (تعبير محض) يعني تعبير كلام الموكل (وعبارة المثنى) أي الاثنان (والواحد) أي وعبارة الواحد (سواء) لا اختلاف فيه .

(وهذا) أي جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما إذا قال لهما) أي للوكيلين (طلقاها إن شئتما ، أو قال أمرها) أي أو أمر امرأته (بأيديكما) فلا يجوز انفراد أحدهما في هذا (لأنه تفويض إلى رأيهما) وأوضح ذلك بقولها (ألا ترى انه) أي قوله طلقاها ، أو أمرها بايديكما (تمليك مقتصر على المجلس) وإذا كان تمليكاً لا يجوز لأحدهما التصرف بغير إذن صاحبه ، قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقه ، واجيب بأن فيه إبطال حق الآخر لأن بإيقاع النصف يقع تطليقة واحدة ، فان قيل الابطال ضمني فلا

ولأنه علق الطلاق بفعلهما ، فاعتبره بدخولهما ، قال وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به ، وهذا لأنه رضي برأيه ، والناس متفاوتون في الآراء ، قال إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضاء ، أو يقول له إعمل برأيك

يعتبر ، أجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع (ولأنه) أي ولأن الآمر بقوله طلقاها إن شئتما (علق الطلاق بفعلهما) أي بفعل المأمورين وهو التطليق (فاعتبره بدخولهما) أي بالطلاق المعلق بدخولهما الدار ، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا ها هنا .

بيانه ، لو قال إن دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعاً ، وكذا في قوله طلقاها إن شئتما ، لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعاً ، وقد ضبط الاترازي « رح » قوله ، فاعتبره على صورة الأمر من الاعتبار ، وكذا ضبط شيخنا العلاء ، ثم كتب بيده على الحاشية ، أي اعتبر التطليق بتطليقهما بالتعليق بدخولهما .

(قال) أي القدوري (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض اليه التصرف دون التوكيل هذا) أي عدم جواز توكيل الوكيل (لأنه رضى برأيه ، والناس متفاوتون في الآراء) فلا يكون راضياً بغيره (قال) أي القدوري « رح » (إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضاء) المسألة على ثلاثة أوجه ، أحدها أن يوكله ولم يأذن له ، ولم ينهه عن التوكيل ، فليس له أن يوكل غيره عندنا وعند أحمد « رح » وقال مالك والشافعي رحمهما الله إن كان الوكيل ممن يلي ذلك بنفسه عادة فليس له أن يوكل غيره ، وان كان يعجز عنه ، او ممن لم يباشر ذلك الفعل بنفسه لوجاهته له أن يوكل ، وبه قال احمد في رواية .

الوجه الثاني ان يأذن له في التوكيل يوكل غيره بلا خلاف ، الوجه الثالث ان ينهاه عن توكيل غيره لا يوكل بلا خلاف (أو يقول له) أي للوكيل (إعمل برأيك) فله التوكيل عندنا وعند أحمد « رح » . وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين

لإطلاق التفويض إلى رأيه ، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ، ولا ينعزل بموته، وينعزلان بموت الأول ، وقد مر نظيره في أدب القاضي . قال فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز ، لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه ،

(لإطلاق التفويض إلى رأيه) وذلك يدل على تساويه مع غيره .

(وإذا جاز في هذا الوجه) يعني في قوله اعمل برأيك (يكون الثاني) يعني وكيل الوكيل (وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الأول) أي الوكيل الأول (عزله) أي عزل الوكيل الذي وكله (ولا ينعزل بموته) أي ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الوكيل الاول وبه قال الشافعي « رح » في قول ، وأحمد « رح » وقال في الاصح ينعزل بعزله وبموته ، وله بموت الاول قولان .

(وينعزلان) أي الوكيل الاول والوكيل الثاني (بموت الاول) أي الموكل الاول (وقد مر نظيره في أدب القاضي) وهو ما ذكره في اول فصل قبل باب التحكم بقوله — وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء ، إلا أن يفوض اليه ذلك — إلى أن قال — جاز كما في الوكالة .

(قال) أي القدوري « رح » (فان وكل) أي الوكيل (بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز) أي بحضرة الوكيل الاول جاز التوكيل (لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر) فيجوز استحساناً ، وقال زفر « رح » لا يجوز ، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله كما في غيبته . وقال ابن أبي ليلى يجوز مع الوكيل الثاني بحضور الاول بغير حضرته .

(وتكلموا) أي تكلم المشايخ (في حقوقه) أي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز ، لكن في حقوق العقد كلام ، قال بعضهم يرجع الى الاول ، لان الموكل رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ، كذا في

وإن عقد في حال غيبته لم يجز ، لأنه فات رأيه ، إلا أن يبلغه فيجيزه ، وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه ، فأجازه ، لأنه حضر رأيه ، ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز ، لأن الرأي يحتاج إليه فيه لتقدير الثمن ظاهراً ، وقد حصل . وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أنه غرضه إجتماع رأيهما في الزيادة واختيار

الفتاوى الصغرى ، عن فتاوى البقالي ، وقال بعضهم يرجع الى الثاني لان العقد وهو السبب وجد من الثاني ، واليه ذهب ابوالليث « رح » في جبل العيون .

(وإن عقد في حال غيبته) أي في حال غيبة الوكيل الاول (لم يجز لانه فات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه) جاز (وكذا لو باع غير الوكيل) يعني اذا باع الأجنبي (فبلغه) أي فبلغ الوكيل (فأجازه) بعد بلوغ الخبر جاز **(لأنه حضر رأيه) بإجازته.**

(ولو قدر الأول) أي الوكيل الاول (الثمن الثاني) أي للوكيل الثاني الذي وكله بغير موكله بأن قال له بعه بكذا فباعه الثاني بالثمن الأول الذي قدره الوكيل الأول وهو معنى قوله (فعقد الثاني بغيبته) أي بغيبة الأول (يجوز) في رواية كتاب الرهن . إختارها المصنف « رح » .

وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة ، فربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع لذكائه وهدايته ، وجه رواية كتاب الرهن أن المقصود حصل بحضور رأيه (لأن الرأى يحتاج اليه فيه) أي في العقد (لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل) أي تقدير الثمن ، وإنما قال ظاهراً إحترازاً عن المسألة التي يذكرها الآن عقيب المسألة التي ذكرها وهي قوله (وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن) فإنه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار .

(لأنه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر انه غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار

المشتري على ما بيناه . أمـــا إذا لم يقدر الثمن ، وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر ، وهذا التقدير في الثمن . قـــال وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز ، معناه التصرف في مالها ،

المشتري) أي الذي لا يماطل في تسليم الثمن (على ما بينـــاه) إشارة إلى قوله في المسألة المتقدمة والبدل ، وإن كان مقدراً ، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة (أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول) أى فوض الموكل الأول إلى الوكيل الأول (كان غرضه) أى غرض الموكل الأول (رأيه) أى رأي الوكيل الأول (في معظم الأمر ، وهو التقدير في الثمن) وهذا لأن المقصود من البياعات الإسترباح ، وذلك إنما يكون بالبيع بتقدير ثمن كان يصلحه في تحصيل زيادة الربح وقـد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ثمن المبيع ورأيه انما يطلب لهذا .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا زوج العبد ، أو المكاتب ، أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة) فإن قلت كيف تكون المسلمة [1] تحت الذمي ، قلت يجوز أن يكون طلقها ثم أسلمت ، وماتت وبقيت البنت (أو باع) أي أو باع واحـد منهم (أو اشترى لها) أي الصغيرة المذكورة (لم يجز) يعني تصرفهم في مالها بالبيـع والشراء لا يجوز ، ولكن قوله أو باع أو اشترى لها لما كان يحتمل وجهين .

أحدهما أن يشتري لها شيئاً بمال نفسه ، والآخر أن يشترى لها بمالها ، قال المصنف «رح» (معناه) أي معنى قول محمد « رح » لم يجز في الجامع الصغير (التصرف في مالها) وهو معظم شراؤه لها بمالها وهو المراد هنا من الوجه الثاني ، يعني لأن كل واحـــد منهم إذا اشترى لها من مال نفسه يجوز لا محالة .

واعـــلم أن في تركيب المصنف « رح » نوع مناقشة ، لأن قوله ، أولاً لم يجز يشمل التزويج والبيع والشراء ، ثم قوله ، معناه التصرف في مالها ، توهم أن عدم الجواز في

---

(١) في الأصل المسألة .

لأن الرق والكفر يقطعان الولاية ، ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ، ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر ، والرق يزيل القدرة ، والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض إليهما . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ، المرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك

التصرف في مالها فقط ، وعدم الجواز في الفصلين جميعاً ، ولهذا قال محمد « رح» في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله في الذمي أو المكاتب ، أو العبد يزوج واحد منهم ابنته ، وهي صغيرة حرة مسلمة ، قال يجوز ، وكذلك إذا باع لها أو اشترى لم يجز ، هكذا لفظ محمد « رح » فيه .

(لأن الرق) في العبد والمكاتب (والكفر) في الذمي (يقطعان الولاية) أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره بالطريق الاولى ، وأما المكاتب فانه عبد مابقى عليه درهم ، وأما الذمي فلقوله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء ، ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ، ولان هذه الولاية ولاية نظرية) نظراً للصغار والصغار لعجزهم (فلا بد من التفويض) أي تفويض أمرهم (إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة والشفقة ، وفي بعض النسخ إلى العاقد المشفق مكان القادر .

(والرق يزيل القدرة) قال الله تعالى ﴿ عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ﴾ ٧٥ النحل (والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما) أي إلى العبد والكافر (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ، وفي بعض النسخ صرح قال وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (المرتد إذا قتل على ردته ، والحربي كذلك) أي تصرفهما على المسلم لا يجوز ، وإنما

لأن الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية ، وأما المرتد فتصرفه في ماله إن كان نافـــذاً عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع ، لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الإنقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعـــل كأنه لم يزل كان[1] مسلماً فيصح .

خص قولهما مع أن هذا حكم مجمع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وإن قتل ردته عندهما بنـــاء على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالاجماع (لأن الحربي أبعد من الذمي) لأن الذمي من أهـل دارنا (فأولى) أي الحربي اولى (بسلب الولاية) لأنها إذا لم تثبت للذمي فأولى ان لا تثبت للحربي، ولهذا لا تجوز شهادة الحربي على الذمى .

(وأما المرتد فتصرفه في مـــاله إن كان نافذاً عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك) أي الولاية النظرية بتأويل المذكور أو بأن استعمال ذلك مشترك (باتفاق الملـة وهي) أي الملة (مترددة) لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لأنه محمول عليه فيجب التوقف (ثم تستقر جهة الانقطاع) أي إنقطاع الولاية (إذا قتل على الردة فيبطل) أي تصرف المرتد (وبالاسلام يجعل كأنه لم يزل مسلماً فيصح) أي تصرفه والله أعلم .

* * *

---

(١) المتن الموجود ضمن الشرح أسقط كلمة كان وهو الافضل والله أعلم. اه مصححة .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قــــال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافاً لزفر « رح » هو يقول أنه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ، ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض ،

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

أي هذا باب في بيان الوكالة بالخصومة والقبض ولما كانت الخصومة مهجورة شرعــــاً لقوله تعالى ﴿ ولا تنازعوا فتفشلوا ﴾ ٤٦ الانفال استحق بابها التأخير بمـــا ليس بمهجور (قال) أي القدوري « رح » في مختصره (الوكيل بالخصومة وكيــل بالقبض) أطلق القدوري كلامه ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين، وهو وكيل بالقبض فيهماعند علمائنا الثلاثة ، وقال في إشارات الأسرار الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين (عندنا) **خلافاً** لزفر « رح » وقال في الواقعات الوكيل بالتقاضي أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا ، لأن الخيانة ظهرت فيما بين الناس ، وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصاً في الوكلاء علىباب القاضي،به أخذ الفقيه أبوالليث (خلافاً لزفر«رح») فانهيقول ـ لا يكون وكيلا بالقبض ، وبه قال الشافعي « رض » في الاظهر ، ومالك وأحمد رحمهما الله ، وفي وجه عند الشافعي « رح » انه يملك كقولنا (هو) أى زفر (يقول أنه) أى لأن الموكل (رضى بخصومته والقبض غير الخصومة) لأن الخصومة لاظهــار الحق ، ويختار فيها الح الناس للقبض أمن الناس ممن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عـــادة وهو معنى قوله **(ولم يرض به) أي القبض .**

(ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض) لأنالخصومة

والفتوى اليوم على قول زفر « رح » لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ، ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً ، إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع فالفتوى على أن لا يملك ، قال فإن كانا وكيلين

قائمة ما لم يقبض (والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال) وبه افتى الصدر الشهيد (ونظيره) أى نظير هذا التوكيل (الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه) أى لأن القاضي في معنى القبض (وضعاً) أى من حيث الوضع في اللغة يقال تقاضيته ديني وبديني ، واقتضيته واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي أى أخذته، ذكره في الأساس .

وقال الأترازي « رح » في معناه وضعاً أى لأن التقاضي في معنى القبض فيه نظر لأنه قال في المغرب تقاضيته ديني إلى آخر ما ذكرناه ، قلت لم أدر وجه نظرى فيه لانه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض (إلا ان العرف بخلافه) أى بخلاف الوضع ، فان الناس لا يفهمون المعنى الموضوع من التقاضى بل يفهمون منه المطالبة (وهو قاض) أي العرف حاكم وراجح (على الوضع) لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية ، فان قلت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند أبي حنيفة « رح » قلت : ان ذلك وجه لاصل الرواية ، والكلام فيه وإنما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء .

قالوا : على العرف فلا يملك القبض واليه أشار بقوله (فالفتوى على أن لا يملك) يعني ان الوكيل يتقاضى الدين يملك القبض بالاتفاق ولكن فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان .

(قال) أى محمد « رح في الجامع الصغير : (فإن كانا) أى الرجلان (وكيلين

بالخصومة لا يقبضان إلا معاً لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر ، قـــال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة « رح » حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبـــل عنده ، وقالا لا يكون خصماً ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات ، فلم يكن الرضاء بالقبض رضاً بها

بالخصومة لا يقبضان إلا معاً) أي لا يقبضان الدين إلا مجتمعين .

(لأنه) أي لان الموكل (رضي بأمانتهما لا بأمانة احدهما واجتماعهما ممكن) أي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن فانهما يصيران قابضين بالتخلية (بخلاف الخصومة) فان اجتماعهما عليها غير ممكن (على ما مر) في اول الفصل المتقدم عند قوله ـ وإذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكل بهدون الآخر الا ان يوكلهما بالخصومة وقال الاكمل « رح » على ما مر انه يقضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب الهامية وعند زفر « رح » ليس للوكيل بالخصومة أن يقبض الدين وقد مر .

(قال والوكيل يقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة « رح »)وقـــال الشافعي رضى الله عنه في قوله وأحمد « رح » في رواية (حتى لو أقيمت عليه) أي على الوكيل (البينة على استيفاء الموكل وابرائه تقبل عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» .

(وقال) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (لا يكون خصماً) أي الوكيل يقبض الدين (وهو) أي قولهما (رواية الحسن عن أبي حنيفة «رح »)وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح ، وأحمد « رح » في ظاهر الرواية (لأن القبض غير الخصومة) فلا يكون وكيلا بها (وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاً بها) أي بالخصومة .

ولأبي حنيفة « رح » أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضي بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لايتصور إلا أنه جعل استيفاء لعين حقــــه من وجه فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصماً

(ولأبي حنيفة « رح » أنه وكله بالتملك) أي أن الوكيل يقبض دين وكيله بالتمليك والتملك لأنه توكيل تملك ، والمقبوض يقابله في الذمة قصاصاً (لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها[1] إذ قبض الدين نفسه) بالجر،قال الأترازي «رح» بدل من الدين قلت هو تأكيد.

(لا يتصور) لأنه وصف ثابت في الذمة (إلا أنه) استثناء من قوله – لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها – أي غير أنه (جعل استيفاء لعين حقه من وجه) بدليـــل أن رب الدين يجبر على القبض ، فلو كان تمليكاً محضاً معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض وكذا إذا ظفر بجنس حقه حل له التناول (فأشبه الوكيل بأخــذ الشفعة) أي فأشبه الوكيل يقبض الدين الوكيل بأخذ الشفعة ، يعني أنه خصم فكذا هذا .

(والرجوع في الهبة) بالجر عطفاً على قوله بأخذ الشفعة ، يعني ، إذا وكل وكيلاً بالرجوع في الهبة كان خصماً حتى إذا أراد الرجوع فـأقام الموهوب له البينة أن الواهب أخذ المعوض تقبل بينته (والوكيل بالشراء) بالجر أيضاً ، يعني لو أقام أحد الشريكين بينة على الوكيل أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته لأنه خصم (والقسمة) بالجر أيضاً،يعنى أحد الشريكين ، إذا وكل رجلا بأن يقاسمه شريكه فأراد الموكل المقــاسمة وأقام الشريك الآخر البينة أن الموكل أخــــذ نصيبه تقبل بينته ، لأن الوكيل خصم ، لأن القسمة معنى التمليك .

(والرد بالعيب) بالجر أيضاً ، يعني أن المشتري رضي بذلك قبلت بينته (وهذه) أي مسألة التوكيل (أشبه بأخذ الشفعة) وفي بعض النسخ وهــذا ، أي التوكيل بقبض الدين ، أشبه بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الأخر (حتى يكون) أي الوكيل (خصما

---

(١) ساقطة من المتن ، أ هـ مصحح .

قبـــل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء وهـــذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فيكون خصماً فيها ، قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة لأنـه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول ، حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عين له فأقام الذي هو في يديه البينة على أن الموكل باعـــه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب ، وهذا استحسان ، والقياس أن يدفع الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر. وجه الاستحسان أنه خصم

قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك) أي في أخـذ الشفعة (والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهـذا) إشارة الى مطلع نكتة أبي حنيفة « رح » بقوله ـ أنه وكله بالتملك ـ يعني أنه لما وكل الوكيل بالقبض بالتمليك كان فيـــه معنى المبادلة وهذا (لأن المبادلة تقتضي حقوقاً) من التسليم والتسلم والرد بالعيب (وهو) أي الوكيل (أصيل فيها) أي في الحقوق (فيكون خصماً فيها) أي في الحقوق (قال) أي محمد « رح »(والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة) بالإجماع (لأنه أمـــين محض والقبض ليس بمبادلة) لكونه يقبض عين الموكل [1] من كل وجه (فاشبه الرسول ، حتى أن من وكل وكيلا بقبض عين له فأقام الذي في يديه العبد البينة أن الموكل باعه إياه) أي العبد (وقف الأمر حتى يحضر الغائب) أي الأمر .

(وهذا استحسان ، والقياس أن يدفـع) أي العبد (إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم) لأن الوكيل يقبض الوديعة ليس بخصم (فـلم يعتبر) أى بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض (وجه الاستحسان أنه) أي أن الوكيل يقبض الوديعة (خصم

---

(١) أظن أن الصحيح أن يقال (الموكل به) اهـ مصححة .

في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع ، فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلـــك فإنها تقبل في قصر يده كذا هنا[1] قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك معناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبـــل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً دون العتق والطلاق

في قصر يده) أي يد نفسه ، أي قصر يد الوكيل (لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع) أي بالوكيل .

(حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع وصار) هذا (كما إذا أقام) أي ذو اليد (البينة على أن الموكل عزله عن ذلك) أي عن القبض (فإنها) أي فان البينة (تقبل في قصر يده) أي في يد الوكيل (فكذا هنا) أى فكذا حكم المسألة المذكورة (قال) أي محمد « رح » (وكذلك العتاق والطلاق) أي وكالمذكور حكم العتاق والطلاق والمصنف يذكر الآن صورتهما .

(وغير ذلك) كما إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك يقبل في حق قصر يده لا في ثبات الارتهان في حق الموكل (معناه) أى معني قول محمد «رح» في العتاق والطلاق (إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق) على أن زوجها طلقها(والعبد) أي إذا أقام العبد (أو الأمة) أى إذا أقامت البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم) أى بنقل المرأة والعبد والأمة (تقبل) أى البينة (في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً) فإذا حضر الغائب تعاد عليه البينة العتاق والطلاق ، لأن هذه البينة اشتملت على معنيين إثبات العتق ، وإبطال حق الوكيل ، فتقبل بينته على الحاضر دون الغائب ، ويؤخذ من العبد كفيل نظراً للغائب (دون العتاق والطلاق) أى لا يقبل في حق العتق والطلاق ،

---

(١) هذا . هامش .

قال إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عنـــد القاضي جاز إقراره عليه ، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحساناً إلا أنه يخرج من الوكالة ، وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إقراره عليه وإن أقر في غـــير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين ، وهو قول أبي يوسف أولاً وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة ، والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء

لأن الوكيل ليس بخصم فيها ، ولكنه خصم في قصر يده ، وليس من ضرورة قصر يده القضاء والطلاق على الغائب فيقبل في قصد دون غيره .

(قال) أي القدوري (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جـــاز إقراره عليه) أطلق الإقرار والموكل ليتناول إسم الموكل للمدعي والمدعى عليه لأن جواز الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعياً أو مدعى عليه ، سوى أن معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فباقرار وكيل المدعي هو أن يقر بقبض الموكل المال وإقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله (ولا يجوز عند غـــير القــاضي عند ابي حنيفة « رح » ومحمد « رح » استحساناً إلا انه يخرج من الوكالة) فلا يدفع اليه المال لزعمه بإنتفاء حقه في الأخذ .

(وقال أبو يوسف « رح » يجوز إقراره عليه وإن أقر في غـــير مجلس القاضي ، وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين) أي في مجلس القاضي وغيره وبه قال مالك واحمــد وابن أبي ليلى رحمهم الله (وهو) أي قول زفر « رح » (قول أبي يوسف أولاً وهو)أي قول زفر « رح » هو (القياس لأنه) أي لأن الوكيل (مأمور بالخصومه وهي) : أي الخصومة (منازعة) لأنها اسم لكلام يجرى بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة .

(والإقرار يضاده) أي يضاد ما أمر به من الخصومـــة (لأنه) أي لأن الإقرار (مسالمة) لأنه يجرى على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد ما أمر به (والأمر بالشيء

لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار ، وكـــذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد الجواب وهو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيـــه الأهدى فالأهدى .
وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعاً وصحته يتناوله ما يملكه قطعاً وذلـــك

لا يتناول ضده ولهذا) أي ولأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضده (لا يملك) أيالوكيل بالخصومـــة (الصلح والإبراء) بوجود المضادة لأن الصلح حط البعض والوكيل مأمور باستيفاء الكل ، والإبراء اسقاط وهو مأمور بالاستيفاء .

(ويصح) هذا جواب سؤال يرد على قولهم لأن التوكيل بالخصومة إذا لم يتنـــاول الإقرار كيف يصح استثناؤه ـ فقال ويصح أى التوكيل (إذا استثنى الإقرار) بأنقال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر عليه فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار، فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الاقرار لأن الخصومـة شيء واحد والاستثناء من شق واحد لا يجوز لأنه يلزم استثناء الكل من الكل .

(وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد الجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك) قال في النهاية هي مسألة مبتدأة خلافية لم يردها على وجه الاستشهاد ، يعني لو وكله بالجواب مطلقاً ايضاً فهو ايضاً على هـــذا الخلاف وكذا في المختلفات البرهانية ، فعندهم يتقيد بجواب هو خصومة إذ العادة جرت في التوكيل بذلك .

(ولهذا) اى والاصل هذا (يختار فيه) اى في الخصومه ، اى في التوكيل بهـــا (الأهدى فالأهدى) **أي من كان أكثر هداية في طرق الخصومة وفي الاقرار لا يحتاج إلى** زيادة الهداية .

(وجه الاستحسان ان التوكيل) المذكور (صحيح قطعاً) اى ثابت من كل وجـــه بلا شبهة بالاجماع (وصحته يتناوله مايملكه قطعاً) أى ما يملك التوكيل من مطلقالجواب من حيث القطع لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه **وهو غيرصحيح(وذلك**

مطلق الجواب دون أحدهما عيناً وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً ، ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف « رح » أنه لا يصح أي أنه لا يملكه ، وعن محمد « رح » أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه

مطلق الجواب) اى الذى يملك مطلق الجواب،ومطلق الجواب يتناول الانكار والاقرار جميعاً فكما ان انكار الوكيل يصح من حيث انه جواب فكذا يصح الاقرار من حيث انه جواب (دون احدهما عيناً) يعني لا يملك احدهما وهو الاقرار والانكار معيناً ، لانه ربما يكون الجواب بأحدهما معيناً حراماً لانه لو كان خصمه محقاً لا يملك الانكار شرعاً ، ولو كان مبطلا يكون حقه في الانكار لا غير ، فلا يملك المعين منهما قطعاً ، فلا يجوز التوكيل به قطعاً فيصح من وجه دون وجه فحملنا على المجاز وهو الجواب مطلقاً تحرياً لصحته قطعاً .

(وطريق المجاز موجود) أي بين الخصومة ومطلق الجواب لأن الخصومة سبب الجواب وإطلاق السبب وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز (على ما نبينه إن شاء الله تعالى) إشارة إلى ذكره عند قوله – هما يقولان أن التوكيل يتناول جواباً يسمى رخصة – (فيصرف إليه) أي إلى مطلق الجواب (تحرياً للصحة قطعاً) أي للتحري لصحة كلامه من حيث القطع لأن كلام العاقل يصان عن الإلغاء .

(ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف « رح » أنه لا يصح) هذا جواب عن مستند زفر « رح » ووجه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف « رح » (لأنه لا يملكه) أي لأن الوكيل لا يملك الاستثناء لأن ملكه مستلزم بقاء الانكار عيناً وقد لا يحل له ذلك كما مر .

(وعن محمد « رح » أنه يصح) أي أن استثناء الاقرار يصح (لأن للتنصيص) أي لأنه لما نص على الإنكار باستثناء الإقرار بضمير (زيادة دلالة على ملكه إياه) أي على ملك

وعند الإطلاق يحمل على الأولى ، وعنه أنه فصل « رح » بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف « رح » أن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً

الموكل إياه فيملك الوكيل به (وعند الإطلاق) أي عند إطلاق التوكيل بالخصومة في غير استثناء الإقرار (يحمل على الأولى) أي على ما هو الأولى وهو مطلق الجواب .

(وعنه) أي وعن محمد « رح » (أنه فصل بين الطالب والمطلوب) بأن قال بصحة من حمل وكيل المدعي وعدمها من وكيل المدعى عليه (ولم يصححه في الثاني) أي لم يصحح محمد « رح » استثناء الإقرار في المطلوب (لكونه مجبوراً عليه) أي لكون المطلوب مجبوراً على ترك الانكار (ويخير الطالب فيه) أي يخير بين الإقرار والانكار، فيكون الاستثناء مقيداً ، وفي التتمة عن محمد « رح » أنه يصح الاستثناء من الطالب لأنه مجبور ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه ، يعني المدعي لما كان مخيراً بين الإقرار والانكار أفاد الإستثناء فائدته في حقه ، أما من المطلوب لا يصح استثناء الإقرار لأنه لا يفيد ذلك لأن المدعي لما صحح دعواه والمطلوب مضطر ومجبور على الإقرار لعرض اليمين عليه فيكون مجبوراً عليه .

(فبعد ذلك يقول أبو يوسف « رح ») هذا مشروع في بيان المحاجة مع أبي يوسف بعد فراغ المحاجة مع زفر « رح »(إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه) لا يختص بمجلس القاضي لأنه موجب بنفسه وإنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجباً إلا بانضمام القضاء .

(وهما) أي أبي حنيفة ومحمد « رح » (يقولان أن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقية) كالإنكار (أو مجازاً) كالإقرار بمجلس القضاء تقريره أن توكيله يصرف إلى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجازاً عام يتناول بعمومه الحقيقة وهى الخصومة والمجاز

والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق ، وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ، لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً ، وصار كالأب أو الوصي إذا

وهو مطلق الإقرار والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجاز ، إذ الإقرار خصومة مجازاً من حيث أنه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء ، فالإقرار خصومة مجازاً في غيره.

(والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة) فكان مجازه التضاد وهو مجاز لغوي لأنه لا يصح أن يكون مجازاً شرعياً (أو لأنه) أي أو لأن الخصومة على تأويل التخاصم ، وفي بعض النسخ أو لأنها (سبب له) أي الإقرار والمجوز السببية وهو مجوز شرعي لأن الجواب تارة يكون بلا وتارة يكون بنعم ، فكانت الخصومة سبباً للاقرار بالواسطة وإطلاق اسم السبب على المسبب مجاز .

(لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق) فتكون الخصومة سبباً له حيث أفضى اليه ظاهراً (وهو) أي المستحق (الجواب في مجلس القضاء فيختص به) أي يختص جواب الخصومة بمجلس القضاء ، وقال الأكمل « رح » ـ ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود (لكن إذا أقيمت البينة) هذا استدراك من قوله ـ فيختص به ـ وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الأقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب ، كان الجواب أن لا يكون معتبراً ولا يخرج به عن الوكالة ، ولكن إذا أقيمت عليه البينة (على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لأنه صار مناقضا) في كلامه ، فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الإقرار وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقا ، قاله في الكافي .

(وصار) أي الوكيل المقر في غير مجلس القضاء (كالأب والوصي إذا

أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليه ، قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً ، لأن الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن ، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئاً لنفسه فينعدم بانعدام لازمه

أقر في مجلس القضاء لايصح ولايدفع المال اليه) أي إلى الأب والوصي ، بيانه الأب والوصي إذا ادعى شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه ، فصدقه الأب ، والوصي ثم جاء يدعي ذلك المال لا يدفع المال اليهما ، لأنهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال بإقرارهما على الصبي فكذلك هنا لما خرج الوكيل من الوكالة بالإقرار في غير مجلس القضاء لا يدفع المال إليه .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبداً) أي قبل براءة الكفيل وبعدها (لأن الوكيل من يعمل لغيره ، ولو صححناها) أى الوكالة (صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته) لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله (فانعدم الركن) أى ركن الوكالة وهو العمل للغير .

قالوا في شروح الجامع الصغير ، نظير هذا ما ذكر في المأذون أن المولى إذا أعتق عبده المأذون المديون ضمن قيمته ، والعبد يطالب بجميع الدين كأن المولى كفيلا عنه ، فإن وكل الطالب المولى يقبض الدين من العبد كان باطلا ، لان المولى بقبض الدين من العبد كان عاملا لنفسه فلا يصح وكيلا عن غيره (ولان قبول قوله) دليل آخر ، أى قبول قول الوكيل (ملازم للوكالة) يعني الوكالة تستلزم قبول قوله (لكونه أميناً ولو صححناها) أى الوكالة (لا تقبل) لما يلزم من انتفاء اللازم وهو قبول قوله (لكونه مبرئاً لنفسه فينعدم) أى التوكيل (بانعدام لازمه) أى لازمه التوكيل وهو قبول قول الوكيل لان اللزوم ينتفي بانتفاء اللازم .

وهو نظير عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ، ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه ، قال ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقضيه[1] خالص ماله

(وهو نظير) أى نظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون ، وفي بعض النسخ وهو نظير (عبد مأذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته) أى قيمة العبد سواء كان موسراً أو معسراً (للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب) أى طلب مال المولى الطالب (بقبض المال عن العبد كان باطلا) أى كان التوكيل باطلا (لما بيناه) وهو أنه يصير عاملا لنفسه لانه مبرىء نفسه ، وفي شرح الطحاوى المولى إذا أعتق عبده المديون جاز عتقه لان ملكه باق فيه والغرماء بالخيار إن شاءوا اتبعوا العبد بالدين وان شاءوا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالماً بالدين أو لم يكن ، بخلاف الجناية فإن العبد إذا جنى فأعتقه المولى ان كان عالماً بالجناية صار مختاراً للعذر ، وإن كان غير عالم لم يلزمه شيء إلا قدر القيمة لا غير ، وفي باب الدين يلزمه القيمة وإن كان عالماً ، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه عن الآخر .

(قال) أي القدوري (ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه) وفي بعض النسخ سلم اليه ، أى الدين ، وبه قال المزني « رح » وقال الشافعي واحمد رحمهما الله لم يؤمر بالتسليم بالتصديق لا في الدين ولا في الوديعة إلا أن يقيم الوكيل بينته على وكالته فحينئذ يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة ، وعندنا في الوديعة لم يؤمر بالتسليم بالتصديق .

(لانه إقرار على نفسه) بحق وهو استحقاق القبض ، وليس فيه إبطال حق الغائب بل هو إقرار حق على نفسه (لان ما يقبضه خالص ماله) أى خالص مال المديون ، فيجوز

---

(١) ما يقبضه ، هامش .

فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً لأنه لم يثبت الإستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله أن ينقص قبضه، وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره ،

إقراره عليه لان الديون تقضى بأمثالها ، فما اداه المديون مثل مال رب المال لا عينه فكان تصديقه إقراراً على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه الى المقر له (فإن حضر الغائب فصدقه) فيها (وإلا دفع اليه) أي وإن لم يصدقة (الغريم الدين ثانيا، لانه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة فالقول في ذلك قوله) أي القول في إنكار الوكالة قول رب الدين (مع يمينه) وبه قال الثلاثة رحمهم الله ، وعند الشافعي « رح » في وجه له الرجوع على القابض ، وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في الاصح .

(فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده لان غرضه) أي غرض المديون (من الدفع براءة ذمته ولم يحصل) أي براءة الذمة (فله أن ينقض قبضه) أي فللمديون أن ينقض قبض الوكيل (وان كان ضاع في يده) أي وإن كان ضاع المال في يد الوكيل (لم يرجع عليه) أي لم يرجع المديون على الوكيل (لانه) أي لان المديون (بتصديقه) أي بتصديق الوكيل (إعترف أنه) أي الوكيل (محق في القبض وهو) أي المديون (مظلوم في هذا الأخذ) أي أخذ رب الدين ثانيا .

(والمظلوم) أي المديون (لا يظلم غيره) فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك لان الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه وبعدما هلك المدفوع الأخذ منه ظلم ، وفي الذخيرة والمبسوط المسألة على أوجه، إما أن يصدق الغريم القديم وكالة أولاً، فإن صدقه ولم يدفع المال أجبر على الأداء خلافاً لابن أبي ليلى والشافعي وأحمد رحمهم الله ، وأنكر وكالته وأراد الوكيل استحلافه بعد وكالة استحلف فإن حلف برأ وإن نكل قضى عليه بالمال للوكيل

قال إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمها ، وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجـــع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه بالوكالة وإنما دفعه إليه على رجاء الإجارة فإذا انقطـــع رجاؤه رجـع عليه وكـذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة وهـــذا أظهر

وذكر الخصاف لا يحلف المطلوب على الوكالة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما يحلف على العلم ولو أقر الغريم بالوكالة وأنكر الدين فعند أبي حنيفة « رح » يستحلف المطلوب ، وعندهما لا يستحلف .

(قال) أي محمد والمصنف « رح »(إلا أن يكون ضمنه) يجوز فيه التخفيف والتشديد (عند الدفع) هذا استثناء من قوله – وإن كان ضاع من يده لم يرجـع عليه إلا أن يضمن المطلوب الوكيل عند دفع المال اليه بأن يقول أصدقك في الوكالة ولكن لا آمن أن يجحد الطالب إذا حضر فاضمن لي ما يقبضه الطالب مني ثانياً وهذا ضمان صحيح (لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه) أي على رب الدين (في زعمها) أي في زعم الوكيل والغريم (وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض) أي قبض رب الدين ثانياً ، فإذا كان كذلك (فيصح) أي الكفالة (بمنزلة الكفالة بما ذاب) أي بما ثبت ووجب (له على فلان) معناه بمـا يذوب لفلان على علان ، وهذا ماض أريد به المستقبل وقد مر في الكفالة .

(ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة) ولم يكذبه أيضاً بل سكت (ودفعه اليه على ادعائه) أي على دعوى التوكيل (فإن رجع صاحب المال على الغريم رجـــع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه في الوكالة ، وإنما رفعه اليه على رجاء الإجارة ، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه اليه على تكذيبه إياه في الوكالة، وهـــذا أظهر) أي جواز

لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المؤدى صار حقاً للغائب اما ظاهراً أو محتملاً فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الأجارة لم يملك الإسترداد لاحتمال الإجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه ، ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه إقرار بمال الغير بخلاف الدين ،

الرجوع في صورة التكذيب أظهر منه في الصورتين الأوليتين ، وهو التصديق مع التضمين والسكوت لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب (لما قلنا) إشارة إلى قوله دفع اليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه .

(وفي الوجوه كلها) وهي الأربعة المذكورة ، وهي الدفع مع التصديق ، والتضمين ، والدفع بلا تصديق ولا تكذيب ، والدفع مع التكذيب ، (ليس له) أي للغريم (أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المؤدى صار حقاً للغائب إما ظاهراً) أي في حالة التصادق ، أو حال ظهور العدالة في الوكيل لأن الوكيل إذا كان عدلاً كان صادقاً ظاهراً (أو محتملاً) أي في حالة كون الوكيل فاسقاً أو مستوراً لاحتمال الصدق .

(فصار) حكم هذا (كما إذا دفعه) أي الدين الذي عليه (إلى فضولي) أي لأنه تعلق في الوسط (رجاء الاجازة) من المالك (لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه) لأن سعى الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لأنه إقرار بمال الغير) وهو لا يملك ذلك (بخلاف الدين) أي بخلاف ما إذا صدق الوكيل بقبض الدين حيث يؤمر بالتسليم اليه لأنه إقرار في خالص ما له على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها فكان إقراره إقراراً على نفسه بحق المطالبة والقبض .

ومن ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه

ثم إذا أخذ الوكيل الوديعة في الغائب فصدقه في الوكالة برئا جميعاً وإن انكر الوكالة وحلف على ذلك فله ان يضمن المودع فإذا ضمنه فإن كانت العين قائمة في يد الوكيل رجع بها المودع على الوكيل فان ضاعت في يده فهل للمودع أن يرجع عليه فهو على وجوه أحدها أن يدفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه .

والثاني أن يدفع بالتصديق ، وشرط الضمان فله الرجوع ، والثالث أن يدفع مع التكذيب فإذا ضمنه الغائب فله الرجوع على الوكيل ، والرابع أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فإذا ضمنه الغائب فله الرجوع أيضاً .

(فلو ادعى [1]) ذكر هذا تعريضاً على مسألة القدورى أى فلو ادعى من قال إني وكيل (أنه) أى أن فلاناً (مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له) أى لإبن الميت (ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه) أى إلى الذى قال انه مات أبوه (لأنه لايبقى ماله بعد موته) ماله بالنصب ، وفي النهاية هكذا معرباً بإعراب شيخي على تأويل الحال ، كما في كلمة فاه إلى في ، أى مشافهة .

وقال الاترازى « رح » لا يبقى ماله بالنصب ، ثم قال مثل ما قال صاحب النهاية « رح » قال الاكمل « رح » ارى أنه ضعيف ، لان المال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيداً بالمشافهة ، أى كلمته في حال المشافهة والظاهر في إعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى ، أى لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث ، والصواب الرفع على ما قاله الاكمل « رح » وقد فاته شيء آخر ، وهو أن من شرط الحال أن يكون من المشتقات والمال ليس منها إلا أنه يجوز بالتأويل ولو قال صاحب النهاية « رح » ومن تبعه في أنه نصب على الحال أنه حال على تأويل متحولاً أى لا يبقى الميت بعد موته متحولاً لكان اوجه (فقد اتفقا) أى الذى ادعى الوكالة والمودع (على انه) أى أن

---

(١) ومن ادعى — هامش .

مال الوارث ، ولو ادعى أنـــه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه ما دام حيـــاً كان إقراراً بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فإن وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال اليه ، لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والإستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق ، قـــال ويتبع رب المال فليستحلفه رعاية لجانبه ، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائبه ، قال ومن وكله بعيب في جارية فادعى البائـع رضا المشتري لم يرد عليـــه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين ،

الذى قال انه وديعة (مال الوارث) فلا بد من الدفع اليه (ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع) فيما قاله (لم يؤمر بالدفع اليه لانه) أى لان المودع بكسر الدال (ما دام حياً كان إقراراً بملك الغير لانه من أهله) أى من أهل الملك (فلا يصدقان في دعوى البيع عليه) أى على رب المال .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن [1] وكل وكيلا يقبض مال فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع اليه المال لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه) أى دعوى الغريم (فلا يؤخر الحق) الى تحليف رب الدين (قال ويتبع) أى الغريم (رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه) أى لجانب الغريم ، وهو المديون . (ولا يستخلف الوكيل لأنه نائبه) لان النيابة لا تجرى فيها الايمان .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن وكله بعيب) أى بسبب عيب (في جارية فادعى البائع رضى المشترى لم يرد عليه حتى يحلف المشترى بخلاف مسألة الدين)

---

(١) ــ فإن ــ هامش.

لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد مـــا قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله ، وفي الثانية غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة ، وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة كما هو مذهبه ، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا يفيد وأما عندهما قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء ،

التي مضت حيث يؤمر بدفع الدين بدون تحليف الوكيل (لأن التـــدارك ممكن هنالك) أي في مسألة الدين (باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطـــأ عند نكوله) أي عند نكول رب الدين عن اليمين على أنه لم يستوف الدين .

(وفي الثانية) أي وفي المسألة الثانية (التدارك غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ) لأن قضاء القاضي بالفسخ والعقد بل بالشاهـــد الباطل ينفذ ظاهراً أو باطناً (عند أبي حنيفة « رح » كما هو مذهبه) والمراد بالنفاذ ظاهراً أن يثبت فيما بيننا ومن نفاذه باطناً أن يثبت فيما بينه وبين الله تعالى .

(ولا يستحلف المشتري بعد ذلك) أي بعد نكول الموكل (عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (لأنه) أي لأن الاستحلاف (لا يفيد) يعني متى نفـــذ قضاء القاضي ظاهراً وباطناً لا يكون للبائع أن يستحلف المشتري إذا حضر على الرضا لأنه لا فائدة في استحلافه لأن فائدته أن ينكل فيظهر أنه كان راضياً بالعيب وأن حق الفسخ لم يكن ثابتاً للمشتري وأن القاضي أخطأ في قضائه بعد الفسخ ولكن عند ظهور الخطأ في القضاء وبالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ عنده .

(فأما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (قالوا يجب أن يتحد الجواب على هـــذا في الفصلين) يعني في فصل الدين وفصل الرد بالعيب (ولا يؤخره) أي ولا يؤخر القضاء بالرد (لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء) لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطناً فإذا ظهر خطأ القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري

وقيل الأصح عند أبي يوسف « رح » أن لا يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر ، قال ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عشرة عليهم من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك

فلا يؤخر إلى التحليف (وقيل الأصح عند أبي يوسف « رح » أن يؤخر) أي الرد (في الفصلين) أي فصل الدين وفصل العيب (لأنه) أي لأن أبا يوسف « رح » (يعتبرالنظر) للبائع (حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع) قوله يستحلف بالرفع لأن حتى إبتدائية يعني يستحلف المشتري نظراً للبائع لأن من مذهب أبي يوسف «رح» أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضراً أو أراد الرد ما لم يستحلفه القاضي بالله ما رضيت بهذا البائع وإن لم يدع العيب ، فإذا كان المشتري لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظراً للبائع والمديون فصار عنه روايتان في رواية مثل قول محمد « رح » وفي رواية يؤخر فيهما اعتباراً للنظر (فينظر للنظر) إذا كان المشتري غائباً .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) أي العشرة التي أنفقها من ماله بمقابلة العشرة التي أخذها من الوكيل (لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه) أي الحكم في الوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بما أداه (وقد قررناه) أي في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله ـ وإذا دفع الوكيل بالشراء من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل .

(فهذا كذلك) أي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك ، لأن الوكيل بالشراء ربما يحتاج اليه الأهل قد يضطره إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الوكالة معه في تلك الحالة لأن لا يمكن أن يستصحب دراهم الموكل في الأحوال كلها فيحتاج أن يؤدى

وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً وقيل القياس والإستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء وأمـــا الإنفاق يتضمن الشراء فلا بد خلانه والله أعلم .

ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك يجوز الاستبدال (وقيل هـــذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً) فيما انفق من ماله ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وإن استهلكها ضمن لأن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلك قبـــل الإنفاق بطلت الوكالة ، فإذا انفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعاً .

(وقيل القياس والإستحسان في قضاء الدين) هو أن يدفع المديون إلى رجل الفـــاً ويوكله بقضاء دينه بها فيدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنـــه فانه في القياس متبرع حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان ذلك وليس بمتبرع على ما نذكره الآن قوله (لأنه ليس بشراء) هو دليل القياس لأنه لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الأمر راضياً بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم تجعـــله متبرعاً لالزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعاً قياساً (وأمـــا الإنفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم) إلى القياس والاستحسان لا يدخلان فيما ذكرنا في باب الشراء ، فـــلا يكون متبرعاً قياساً واستحساناً ، وقال الكاكي « رح » وأما مسألة الانفاق رضا الامر بثبوت الدين في ذمة للوكيل لانه أمره بالانفاق ، والامر بالانفاق أمر بشراء الطعام ، والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم ، بل يتعلق بمثلها في الذمة ، ثم يثبت به حق الرجوع على الامر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرعاً قياساً أيضاً .



باب عزل الوكيل

قـــال : وللموكل أن يعزل الوكيـــل عن الوكالة لأن الوكالة حقه فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيـــه من إبطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن ،

(باب عزل الوكيل)

أي هذا باب في بيان حكم عزل الوكيل وآخر باب العزل لانه بعد الإثبات (قال) أي القدوري « رح » (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه ، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهـة الطالب) أي بالقياس من جهة المدعي (لما فيه من إبطال حق الغير) وقيل بهذين القيدين لانه لو وكل المدعى عليه لا يطلب المدعي لملك المدعى عليه عزله ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الطالب بملك الطالب عزله سواء كان ذلك بطلب المدعى عليه أولا .

وعدم صحة العزل إذا كان يطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب وبحضوره يصح عزله ، سواء رضي به الطالب اولا ، وقال مـــالك « رح » إذا ثبت بالخصومة ما تعلق به حق الغير لا يجوز عزله في الغيبة والحضور ، وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يجوز عزل الوكيل بالخصومة تعلق به حق الغير أم لا ، لان الوكالة عقد جائز غير لازم (وصار) أي الوكيل من جهـــة الطالب إذا كان يطلب من جهـــة الطالب (كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن) بأن وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع ، ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع لا يصح وإن

قال فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في العزل إضراراً بـــه من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر بـــه ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيدة

كان بحضرة المرتهن مالم يرض به ، بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فإنه يصح إذا كان لم يحضره الطالب رضى به أولا .

(قال) أي القدوري « رح » (فإن لم يبلغه العزل) أي فإن لم يبلـغ الوكيل عزل الموكل إياه (فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) أي الوكيل عزله ،وبه قال الشافعي « رح » في قول ومالك « رح » في رواية واحمد « رح » في رواية . وقـال الشافعي في الاصح ينعزل ، وبه قـال مالك في رواية واحمد في رواية « رح »(لأن في العزل إضرار به) أي بالوكيل (من حيث إبطال ولايته) من غير علمه (أو من حيث) أي أويكون الإضرار به من حيث (رجوع الحقوق اليه) أي إلى الوكيل وبـين ذلك بقوله (فينقد من مال الموكل) إذا كان وكيلا بالشراء .

(ويسلم المبيع) إلى المشتري إذا كان وكيلا بالبيع ، ثم إذا نفذ أو سلم (فيضمنه) لان فعله بعد العزل (فيتضرر به) فلا يجوز لان الضرر مدفوع شرعاً (ويستوي الوكيل في النكاح وغيره) أي وغير النكاح مثل البيع والشراء ونحو ذلك (للوجه الاول) وهو ابطال الولاية يعني أن العزل لا يصح قبل علم الوكيل أصلا ، والوكيل بالنكاح وغـــيره سواء ، نظراً إلى الوجه الذي فيه الإضرار بالوكيـــل من حيث إبطال ولايته ، وكذا عزل الوكيل بالطلاق لا يصح من غير علمه ، ذكره في مختصر الكافي (وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فـلا نعيده) ذكره في فصل القضاء بالموارث من أدب القاضي بقوله : ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة « رح » والوكالة تثبت بخبر الواحد حراً كان أو عبداً ، عادلاً كان أو فاسقاً ،

قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقاً ، وإلتحاقه بدار الحرب مرتداً لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الآمر وقد بطل بهذه العوارض ، وشرط أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف « رح » إعتباراً بما يسقط به

رجلاً كان أو امرأة ، صبياً كان أو بالغاً ، وكذلك العدل عندهما .

وعند أبي حنيفة « رح » لا يثبت العزل إلا بخبر الواحد العدل أو بخبر الاثنين إذا لم يكونا عدلين والوكيل لو عزل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل ولا يخرج عن الوكالة ، وعند الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله في رواية ينعزل ، وقال مالك « رح » ان كان في عزله ضرر على الموكل لم ينعزل بدون علمه ، وفي الذخيرة بإنكار الموكل الوكالة لا ينعزل .

(قال) أي القدوري « رح » (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً ولحاقه بدار الحرب) حال كونه (مرتداً) ولا خلاف في هذه الاشياء (لان التوكيل تصرف غير لازم) لانه يمكنه أن يعزله (فيكون لدوامه حكم ابتدائه) لان كل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه ، لأن المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة ، وكان على جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلا بد من قيام الآمر) أي آمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة .

(وقد بطل) أي أمر التوكيل (بهذه العوارض) وهي الموت والجنون والارتداد لا يشكل بالبيع الخيار فانه غير لازم ومع ذلك لا يبطل بالموت بل يتقرر لان الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العوارض ، وهو الخيار ، فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض لعدم بقاء الخيار بموته (وشرط) أي القدوري (أن يكون الجنون مطبقاً) بكسر الباء أي دائماً ، ويليه الحمى المطبقة ، أي الدائمة ، وقيل مطبقاً أي مستوعباً ، من طبق الغيم السماء إذا استوعبها .

(لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف « رح » اعتباراً بما يسقط به

الصوم ، وعنه أكثر من يوم وليلة ، لأنه يسقط بـه الصلوات الخمس ، فصار كالميت،وقال محمد « رح »حول كامل لأنه يسقط جميع العبادات فقدر به احتياطاً، قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة «رح» لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فـإن أسلم نفذت وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردتـه ، أو يحكم بلحاقه ، وقد مر في السير وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت ، أو تلحق بدار الحرب

الصوم) أي صوم شهر رمضان ، روى هـذه الرواية أبو بكر الرازي عن أبى حنيفة رحمهما الله (وعنه) أي وعن أبي حنيفة « رح » (أكثر من يوم وليـلة ، لأنه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت ، وقال محمد « رح » حول كامـل) أي الجنون المطبق يقدر بحول كامل (لأنه يسقط به جميع العبادات فقدر به إحتياطاً) وقال القدوري « رح »في كتاب التقريب ، قال في الأصل إذا ذهب عقل الموكل زمنـاً خرج الوكيل من الوكالة ولو ذهب عقله ساعة والوكيل على وكالته ، وعن أبي يوسف « رح » أنه لا ينعزل حتى يجن أكثر السنة ، وروى عن محمد « رح » يوم وليلة ، ثم رجع فقال شهر ، ثم رجع فقال سنة وذكر الكرخي « رح » في حد الجنون المطبق عند أبي يوسف شهر (قالوا) أي قـال المشايخ رحمهم الله (الحكم المذكور في اللحـاق) في مختصر القدوري (قول أبي حنيفة « رح » لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، فكذا وكالته) موقوفة (فإن أسلم نفذت ، وإن قتل أو ألحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه ، وقـد مر في السير) أي يصرف المرتد موقوفاً أو نافذاً في السير في باب أحكام المرتدين، عند قوله– وما باعه أو اشتراه أو وهبه أو تصرف فيه ، من أمواله في حال ردته فهو موقوف .

(وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب

لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف، قال وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه ، أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل، علم أو لم يعلم.

لأن ردتها لا تؤثر في عقودها) لأن المرتدة لا تقتل بالحرب ولم يوجد ، لأنه ليس لهـا بنية صالحة للحراب [1] (على ما عرف) في موضعه في كتب السير .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له)أي ووكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أي على العبد المأذون له (أو الشريكان فافترقا) يعني أحد شريكي العنان ، أو المفاوضة إذا وكلا وكيلاً ثم افترقا (فهـــذه الوجوه) أي عجز المـكاتب أو الحجر على المأذون له وافتراق الشريكين (تبطل الوكالة على الوكيل علم بذلك أو لم يعلم) أى علم الوكيل بذلك أو لم يعلم .

وقال أبو النصر « رح » في شرحه ، هذا الذى ذكره القدوري جميعه جائز على الأصل إلا في الشريكين لأن ذلك خلاف الرواية لأن محمداً « رح » قال في الأصل وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء ثم افترقا واقتسما أو شهدا أنه لا شركة بينهما ، ثم أن الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعاً ، وكذلك لو كانا وكلاه جميعاً لأن وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة ،وكذلك قال الاسبيجابي « رح » في شرح الكافي للحاكم الشهيد « رح » وليس تفرقهما نقضاً للوكالة لأن أثر النقض لا يظهر في توابع عقود بأثرها احدهما قبل ذلك .

وقال الأترازي « رح » والعجب من صاحب الهداية أنه أبهم الأمر ولم يتعرض لكلام القدوري ، والغالب على ظني أن القدوري اراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية ، لأن المتضمن وهو عقد الشركة إذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة ولا يلزم أن يكون قوله مخالفاً للرواية لا محالة .. انتهى . ورد عليه الأكمل بأن هذا على تقدير صحته يختص بمال الشركة لا غير ، على أنه مخالف لعبارة الكتاب انتهى .

---

(١) في الأصل ، لأن المرتدة لا تقتل الحرب ولم يوجد لأنه ليس لها بنية صالحة للحراب

لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الآمر وقــــد بطل بالحجر والعجز والإفتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل ، قـــال وإذ مات الوكيل أو جن جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة لأنـه لا يصح أمره بعـد جنونه وموته ، وإن لحق بدار الحرب مرتـــداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلماً ،

وفي المبسوط هذا يعني قوله فهذه الوجوه تبطل الوكالة إذا كانت الوكالة بالبيع والشراء أما لو كان التوكيل بقضاء الدين والتقاضي لا يبطل لعجز المكاتب وحجر المأذون لأن في كل عمل وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر بل يبقى مطالباً بايفائه ، وبهـذا ليس **لولي العبد أن يتقاضى دينه إن كان عليـــه دين أو لا لأنه إن كان عليه دين فكسبه حق عن مائة والمولى فيه كالأجانب وإن لم يكن عليه دين فوجب المال بعقد العبد ولا يكون هو في هذا دون الوكيل ، وما وجد من الثمن بعقد الوكيل لا بملك الوكيل المطالبـــة به فها هنا أولى .**

(لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الآمر وقد بطل) أي قيام الأمر (بالحجر) في المأذون له (والعجز) في المكاتب (والافتراق) في الشريكين (ولا فرق بين العلم) أي علم الوكيل (وعدمه لأن هذا عزل حكمي) أى عزل من طريق الحكم (فلا يتوقف على العلم) كالموت (كالوكيل بالبيــع إذا باعه) **أي** إذا باع المبيــع الموكل حيث يصير الوكيل معزولاً حكماً لفوات محل تصرف الوكيل .

(وإذا[1] مات الوكيل أو جن) أي الوكيل (جنوناً مطبقـــاً بطلت الوكالة **لأنه** لا يصح أمره بعد جنونه وموته) ولو جن ساعة ثم أفاق فهو على وكالته وجعل هـــذا كالنوم ، كذا في التتمة، (وإن لحق) أى الوكيل (بدار الحرب) حال كونه (مرتداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود) من دار الحرب إلى دار الإسلام حال كونه (مسلماً)وقال

---

(١) فإن – هامش .

قال « رح » وهـــذا عند محمد « رح » فأمـا عنـد أبي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد أن الوكالة إطلاق ، لأنه رفع المانع ، أمـــا الوكيل يتصرف بمعان قائمــــة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق بان عاد وكيلاً ، ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية أصل التصرف بأهلية وولايـــة التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات فبطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد ، والمدبر ولو عاد الموكل مسلماً

شيخ الإسلام في مبسوطه هذا إذا حكم القاضي بلحاقه ، واليه أشار في مبسوط شمس الأئمة لأنه لما قضى بلحاقه بعد موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة ، أمـــا قبل القضاء باللحاق لا يخرج عن الوكالة باتفاقهم .

(قال) أي المصنف رحمه الله (وهذا) أى جواز تصرف الوكيل عند عوده مسلماً (عند محمد « رح » فأما عند أبي يوسف « رح » لا تعود الوكالة. ولمحمد أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع) ومعناه أن الوكيل كان ممنوعاً شرعاً أن يتصرف في كل شيء لموكله فإذا وكله رفع المانع (أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به) أى بالوكيل من الحرية والعقـل والبلوغ ، والقصد في ذلك التصرف ، والكل قائم ، وصحة التوكيل لحق الموكل وحقـه قائم أيضاً بعد لحاقه (وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين،فإذا زال العجز والإطلاق بان عاد وكيلا ، ولأبى يوسف « رح » أنــه) أى التوكيل (إثبات ولاية التنفيذ ، لأن ولاية أصل التصرف بأهلية وولاية التنفيذ بالملك) أي ولاية التنفيذ ملصق بالملك ، لأن التمليك بلا ملك غير متحقق ، فـكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة .

(وباللحاق) أى بدار الحرب (لحق بالأموات فبطلت الولاية، فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر) يعني يعتق أم ولده ومدبره بالقضاء بلحاقه ، وبعوده مسلماً لا يعود ملكه ، فيهما ، ولا يرتفع العقد فكذا الوكالة التي بطلت لا تعود (ولو عاد الموكل مسلماً) أى عاد

وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر ، وعن محمد « رح » أنها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر إن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال ، وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق ، قـــال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل بـــه بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً مثل أن يوكله بإعتاق عبده ، أو بكتابته فأعتقه

بعد القضاء بلحاقه وبه صرح في المبسوط (وقد لحق) أي والحـــال أنه قد لحق (بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر) أي في ظاهر الرواية .

(وعن محمد أنها) أي أن الوكالة (تعود كما قال في الوكيل) أي كما قال محمد « رح » في الوكيل إذا عاد مسلماً تعود وكالته لان الموكل إذا عاد مسلماً عاد على مـــاله على قديم ملكه ، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه ، فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيـع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته (والفرق له على الظاهر) أي الفرق لمحمد « رح » على ظاهر الرواية (أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال) فبطلت الوكالة على البيان (وفي حق الوكيل على معنى قائم به) أي بالوكيل (ولم يزل) بضم الزاي ، أي المعنى القـــائم به لم يزل (باللحاق) بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال ، فإذا زال العـــارض صار كأن لم يكن .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن وكل رجلا بشيء) وفي بعض النسخ ، ومن وكل آخر بشيء (ثم تصرف بنفسه فيما وكل به) أي الذي وكل به ، بأن باعه أو وهبه لأحد أو تصدق به (بطلت الوكالة) انتهى كلام القدوري ، وقال المصنف .

(وهذا اللفظ) من كلام المصنف « رح » أي هذا اللفظ الذي قاله القدوري « رح » (ينتظم وجوهاً) أي يشمل وجوهاً كثيرة من المسائل ، ثم أوضح ذلك بقوله (مثل أن يوكله) أي أو يوكل أحداً (بإعتاق عبده أو بكتابته) أي وان يكاتب عبده (فأعتقه)

أو كاتبه الموكل بنفسه ، أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه ، أو يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة ، وانقضت عدتها ، أو بالخلع فخالعها بنفسه ، لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة، حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه ، لأن الحاجة قد انقضت ، بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل

أي الموكل أعتق عبده بنفسه (أو كاتبه الموكل بنفسه) بطلت الوكالة (أو يوكله) أي أو يوكل أحداً (بتزويج امرأة) أي بأن يزوجه امرأة (أو بشراء شيء) أي أو يوكله بشراء شيء (ففعله بنفسه) أي فعله الموكل بنفسه بأن يزوجها بنفسه أو اشتراه بنفسه كان ذلك عزلاً حتى لو ابانها بعد الزواج لم يجز للوكيل أن يزوجها إياه (أو يوكله) أي يوكل أحداً (بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثاً) أي ثلاث طلقات (أو واحدة) اي او طلقها واحدة (وانقضت عدتها) فليس للوكيل ان يطلقها بعد ذلك ، لا في العدة ولا بعدها وإنما قيد بقوله ــ وانقضت عدتها ــ لانه إذا طلقها بنفسه واحدة ولم تنقض عدتها، كان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة .

(او بالخلع) اي او يوكله بأن يخالع امرأته (يخالعها) أي الزوج (بنفسه لانه) أي لأن الموكل (لما فعل [1] بنفسه) أي لما فعل الذي وكله فيه بنفسه (تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة) ثم بين نتيجة ذلك بقوله (حتى لو تزوجها بنفسه) أي لو تزوج المرأة التي وكل الرجل بأن يزوجها إياه (أو أبانها) أي بعد التزوج بنفسه بالطلاق (لم يكن للوكيل أن يزوجها منه) أي أن يزوج المرأة البائنة من الوكيل (لأن الحاجة قد انقضت) أي لأن حاجته كانت في تزوجها وقد حصلت (بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل) أي المرأة التي وكل بتزويجها إياه وبعد أن تزوجها (وأبانها له) أي للوكيل (أن يزوج الموكل)

---

(١) لما تصرف ــ هامش .

لبقاء الحاجة، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه ، فلو رد عليه بعيب بقضاء القاضي ، فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منـــع له من التصرف فصار كالعزل ، وقال محمد «رح» له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية، لأنه إطلاق والعجز قد زال، بخلاف مـــا إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانياً لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة ،

الذي كان وكل لرجل بتزويجها إياه حيث يجوز تزويجه إياها منه (لبقاء الحاجة) أي حاجة الموكل فيها .

(وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه) أي فباعه الموكل بطلت الوكالة (فلو رد عليه) أي فلو رده العبد (لعيب) ظهر فيه على الموكل (بقضاء القاضي) قيد به لأنه لو رده بالتراضي بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه من أخذه بالإجماع (فعن أبي يوسف«رح» أنه ليس للوكيل أن يبيعه) أي هذا العبد (مرة أخرى لأن بيعه بنفسه) أي لأن بيع الموكل بنفسه العبد (منع له) أي للوكيل (من التصرف فصار كالعزل) صريحاً .

(وقال محمد « رح » له أن يبيعه مرة **أخــرى** لأن الوكالة باقية لأنه) أي لأن عقد **الوكالة أو لأن التوكل(إطلاق) أي إطلاق للتصرف ، ولم يوجد العزل صريحاً وكان ممنوعاً** لعارض ليعجزه عن ذلك (والعجز قد زال) فلا يمنع الوكيل عن بيعه مرة اخرى(بخلاف ما إذا وكله) وكل واحداً (بالهبة) بأن يهب عبد من فلان أو غيره من نحو ذلك (فوهب بنفسه) أي فوهب الموكل بنفسه (ثم رجع) عن هبته (حيث لم يكن للوكيل أن يهب ثانياً) بعد ذلك (لأنه) أي لأن الواهب (مختار في الرجوع فـكان ذلك) أي الرجوع من الواهب مختاراً .

(دليل عدم الحاجة) أي إلى الهبة إذ لو كان محتاجاً لما رجع فكان دليـلا على نقض

أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد اليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم .

الوكالة (أما الرد بقضاء) أي أما رد الهبة بقضاء القاضي (بغير اختياره) أي اختيار الواهب (فلم يكن دليل زوال الحاجة ، فإذا أعاد اليه قديم ملكه كان له) أي للوكيل (أن يبيعه والله أعلم) وقال محمد « رح » في الأصل ، وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له ، ثم إن الموكل باع العبد ، أو دبره ، أو كاتبه ، أو وهبه ، أو تصدق به ، أو رهنه وقبض منه ، أو أجره ، أو كاتب أمته فوطئها فولدت أو لم تلد ، فإن ذلك كله نقض للوكالة ، ما خلا الوطى إذا لم تلد ، وما خلا الاجارة والرهن ، وكذلك الخدمة ليس تنقض الوكالة .

وقال الأسبيجابي « رح » ولو وكله أن يزوجه امرأة بينها فاذالها الزوج فمات عنها أو طلقها وانقضت العدة ، ثم زوجها إياه الوكيل جاز لأنه أمره بإنكاحها إياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة، فانصرف التوكيل اليه وصار كأنه نصر على إضافة التوكيل إلى تلك الحالة والوكالات مما لا يقبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل والله أعلم .



كتاب الدعوى

(كتاب الدعوى)

أي هذا كتاب في بيان الأحكام المتعلقة بالدعوى [١] وهي في اللغة اسم للإدعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالاً وبفتح الواو لا غير ، كفتوى وفتاوى ، وقيل الدعوى لغة قول يقصد به إيجاب حق على الغير ، وذكر شيخ الإسلام المحبوبي ـ الدعوى لغة إضافة للشيء إلى نفسه بأن قال لي ذمته دعوة الولد ـ ، وذكرت في شرحي الكنز أن الدعوى فعلى من الدعاء وهو الطلب ، والفعل منه ادعى يدعي وادعاء فهو مدعي، والعين الذي [٢] يدعي مدعي ، ولا يقال مدعى فيه ولا به ، وأصل دعى ادتعى ، وأصل مدع مدتعي ، قلبت التاء دالاً وأدغمت الدال في الدال ، والدعوة بفتح الدال الدعاء إلى الطعام وبكسرها في النسب ، وبضمها في دار الحرب فافهم.

وفي الشرع ، الدعوى إضافة الشيء إلى نفسه في حالة المنازعة ، وقيل هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته ، ولها ركن وشرط وحكم وسبب ، أما ركنها هو معناها لغة ، وهي إضافة الشيء إلى نفسه ، لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء، والدعوى إنما تقوم باضافة المدعي إلى نفسه فكان ركناً ، وأما شرطها مجلس القضاء لأن الدعوى لا تصح في غير مجلس القاضي حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي، وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم إما بنعم أو بلا وأما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع وفي المبسوط وغيره سبب فسادها شيئان ، جهالة المدعي ، وكونها لا تكون ملزماً على [٣] الخصم وهي مشروعة بالكتاب والسنة وإجماع الامة، أماالكتاب

---

(١) بالدعوى بفتح الواو ـ هامش .

(٢) يدعيه ـ هامش .

(٣) الجواب الخصم ـ هامش .

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ، ومعرفة الفرق بينهما من أهم مـــا يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب ، وهو حد عام صحيح ، وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه

قوله تعالى في قصة داود عليه السلام ﴿وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب﴾ ٢٠ سورة ص وفسر علي رضي الله عنه بقوله ـ البينة على المدعى واليمين على من أنكر .

وأما السنة فما رواه عمرو بن شعيب « رضي » عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وأما الإجماع فقيل انعقد اجماع الأمة عليهامن لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا .

ووجه المناسبة بين هـذا الكتاب وبين كتاب الوكالة هو أن الوكالة كانت بالخصومة لاجل الدعوى .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (المدعي من لا يجـبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجـبر على الخصومة إذا تركها) هذا الحد هو الذي اختاره القدوري « رح » وقال المصنف « رح » (ومعرفة الفرق بينهما) أي بين المدعي والمدعى عليه (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) وذلك لان الانسان قد يكون مدعياً صورة ومع ذلك القول قوله مع يمينه ، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكرنا في الكتاب (وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه) أي في الفرق بين المدعي والمدعى عليه (فمنها)أي فمن جملة عبارات المشايخ (ما قال في الكتاب) أي القدوري « رح » (وهو حد عـــام صحيح) أما عمومه فلأنه يتناول كل حد من الحدود التي ذكرت في المدعي والمدعى عليه ، وأما صحته فلأنه جامع مانع على ما لا يخفى فلذلك اختاره المصنف رحمه الله تعالى .

(وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة) يعني البينة والإقرار (كالخـــارج) الذي يدعي عيناً في يد رجل فانه لا يستحق إلا بحجة ، يعني البينة أو الإقرار (والمدعى عليه

من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد ، وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وقال محمد « رح » في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله ، لأن الاعتبار للمعاني دون الصور ، فإن المودع إذا قال : ردت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وإن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى

من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد) أي كصاحب اليد فانه لا يحتاج إلى بينته واستحقاقه بقوله هذا ملكي وأنا واضع اليد. وقال الاكمل هو ليس بعام لعدم تناوله لصورة المودع إذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح .

(وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر) إذ الظاهر أن الاملاك في يد المالك وبراءة الذمة (والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) لانه يدعي قرار يده وملكه على ظاهره وهذا منقوض بالمودع فانه مدعى عليه ، وليس بتمسك بالظاهر ، لان رد الوديعة ليس بظاهر ، لان الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال (وقال محمد « رح » في الاصل المدعى عليه هو المنكر ، وهذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته) أي في معرفة المنكر (والترجيح بالفقه) يعني باعتبار المعنى دون الصورة (عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور) بيانه إذا تعارضت الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الآخر يكون بالفقه كما ذكرنا ، ثم أوضح ذلك بقوله :

(فإن المودع إذا قال ردت الوديعة فالقول قوله مع اليمين ، وإن كان مدعياً للرد صورة لانه ينكر الضمان معنى) فلو أقام على ذلك بينة قبلت ، لانه متمسك بالاصل إذ الاصل في الذمم البراءة ، ويحلف القاضي أنه لا يلزمه رد ولا ضمان ، ولا يحلفه على أنه رده لان اليمين أبداً يكون على النفي ، فلو أقام على بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضاً

قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره ، لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامـــة الحجـة والإلزام في المجهول لا يتحقق ،

فكان مدعى عليه ، فاذا أقام البينة اعتبر الصورة ، وإذا عجز عنها اعتـبر معناها فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه ، فان قيل المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس بثابت وهو الرد ، إذ الرد لم يكن ثابتاً ، والمودع متمسك بما هو ثابت ، وهو عدم الرد ، فان كان ثابتاً فينبغي أن يكون الامر على العكس .

قلت المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنى ، وهو أصل المودع يدعي الشغل ولم يكن ثابتاً ولهذا تقبل بينته اعتباراً للصورة ، ويجـــبر على الخصومة ، ويحلف اعتباراً للمعنى ، فان قيل يشكل هذا بما إذا ادعى المديون رفع الدين إلى وكيل رب الدين ، ثم حضر رب الدين وأنكر الوكالة فالقول له على ما مر في باب الوكالة ، مع أن المديون يدعي البراءة .

قلنا المديون يدعي البراءة هنا بعد الشغل ، فكان الشغل أصلاً والبراءة عارضاً ، أما في رد الوديعة فالبراءة أصل والشغل عارض كما ذكرنا فالقول له .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره) قال المصنف رحمـــه الله تعالى (لأن فائدة الدعوى الإلزام) أي الزام الخصم (بواسطة إقامة الحجة) أي بواسطة الحجة وهي البينة والإقرار (والإلزام في المجهول لا يتحقق) لأن يلتفت القاضي إذا ادعى شيئاً مجهولاً ، ولا يكلف المدعى عليه الجواب، لأنه إن أنكر لا يصح إقامة البينة عليها مع الجهالة ، وإن نكل عن اليمين لا يمكن القضاء بالمجهول فسقطت الدعوى ، فإذا كان كذلك اعتبرت الدعوى الصحيحة ، وهي بأن يكون المدعي معلوماً في جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغـير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً ، أو كراً ويذكر مع ذلك صفتها ، كالحنطة البيضاء أو الحمراء ، ويذكر انها جيدة أو رديئة كذا في الذخيرة .

فإن كان عينا في يـــد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير اليها بالدعوى ، وكذا في الشهادة والإستحلاف ، لان الإعلام بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك بالإشارة في المنقول لان النقل ممكن، والإشارة أبلغ في التعريف، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور

وإذا كان المدعي مجهولاً في نفسه لا تسمع ولا تعلم فيه خلافاً إلا في الوصية فإن الأئمة الثلاث يجوزون دعوى المجهول في الوصية بأن ادعى حقاً من وصية أو إقرار فانها يصحان بالمجهول ، وتصح دعوى الابراء بالمجهول بلا خلاف ، ولا يشترط لسماع الدعوى المخـالطة والمعاملة ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس ، وعن مـالك « رح » لا يسمع دعوى الذمي الزاني على الشريف إذا لم يعرف بينهما نسب .

(وإذا [1] كان) أي المدعى (عيناً في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها) المدعي (بالدعوى) فيقول هـــذا الذي أدعيه ، لأن المنقول لا يحيط بالوصف فيجب إحضاره ، فيجب العلم بأقصى ما يمكن ، ويرتفع الأشتباه ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف (وكذا في الشهادة) أي المدعى عليه باحضار المدعي ليشير اليه عند أداء الشهادة، وقالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه ، يحضر الحـاكم عندها أو يبعث أميناً ، وفي المجتبى قال الاسبيجابي في مسألة سرقة البقرة — لو اختلفا في الوانهـــا تقبل الشهادة عنده خلافاً لهما .

وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ، إذ لو شرط ألوانها لأحضرت ، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ، ثم قال : والناس عنها غافلون (والاستحلاف) يعني إذا استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها (لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك) أي الإعلام (بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلـــغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور) يعني يتعلق بالدعوى

---

(١) فإن — هامش .

وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ، ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا ، واليمين إذا أنكره وسنذكره إن شاء الله تعالى . قال وإن لم يكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوما

الصحيحة الحضور (وعلى هذا القضاة من آخرهم) أي بأجمعهم ، كذا قاله الكافي «رح».

وقال الأكمل من اولهم إلى آخرهم (في كل عصر) أي من كل زمان من أزمنه الفقهاء والمجتهدين (ووجوب الجواب إذا حضر) أو يتعلق بالدعوى أيضاً وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو بلاإذا حضر (ليفيد حضوره) لأن المقصود من حضوره الجواب (ولزوم إحضار العين المدعاة) أي ويتعلق بالدعوى أيضاً وجوب إحضار العين المدعاة مجلس القاضي على المدعى عليه إذا كانت منقولة قائمة في يده (لما قلنا) أشار به إلى قوله ليشير اليها بالدعوى (باليمين) بالجر عطفاً على إحضار العين أي يتعلق بالدعوى أيضاًلزم اليمين على المدعى عليه (إذا أنكره) الحق إذا لم يقدر المدعي على إقامة البينة (وسنذكره إن شاء الله تعالى) أي سنذكر وجوب اليمينعلى المدعى عليه في آخر هذا الباب (وإن[1] لم تكن) أي العين المدعاة (حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوماً) وعدم حضور العين أعم من أن يكون لهلاكها أو للتعذر .

وقال شمس الأئمة الحلواني « رح » ومن المنقولات ما لا يمكنإحضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام ، والقطيع من الغنم ، فالقاضي بالخيار إن شاء حضر ذا الموضع إن تيسر له وإلا بعث خليفته إن كان مأذوناً بالإستخلاف ، وإذا رفعت الدعوى في جمله ولا يسع باب داره فإنه يخرج إلىباب داره أو يأمرنائبهحتى يخرج ليشير اليه الشهود لحضرته.

وذكر الإمام القاضي ظهير الدين « رح » وهذا إنما يستقيم إذا كانت العين المدعاة في المصر ، أما إذا كانت خارج المصر كيف يقضي القاضي به والمصر شرط جواز القضاء في

---

(١) قال — هامش .

لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين ، وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة ، قال فإن ادعى عقاراً وأحده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه بـــه

ظاهر الرواية لكن الطريق فيه أن يبعث واحداً من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ، ثم بعد ذلك يمضي قضاؤه .

(لأن العين لا تعرف بالوصف) لأنه ربما توجد أعيان كثيرة بهذا الوصف فـلا يصير المدعى معلوماً مع وجود المزاحم (والقيمة تعرف به) أي بالوصف لأنه إذا قيل عشرة دراهم من الفضة وكذا ديناراً من الذهب ، الركن يصير قيمته معلومة بهذا الوصف .

قال تاج الشريعة ، وقال الأكمل « رح » وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها ، يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ، فيصير المدعى معلوماً ، وذكر الوصف ليس بكاف لأن المعين لا تعرف الوصف وإن بويع فيه لإمكان المشاركة فيه فذكره في تعريفه غير مفيد ، والقيمة شيء يعرف به المعين فبذكرها يكون مفيداً وقوله (وقد تعذرت مشاهدة العين) جمـــلة حالية بين قوله لأن العين لا تعرف بالوصف ، يعني والحال ان المشاهدة تعذرت ، وإغلاق تركيبه لا يخفى انتهى .

قلت لا إغلاق في تركيبه ما لا يخفى بل التحقيق على ما ذكره تاج الشريعة « رح » ومثله قال الكاكي « رح » قوله – وقد تعذرت مشاهدة العين الوصف والقيمة في الغائب مقام المشاهدة (وقال الفقيه أبو الليث « رح » يشترط مع بيـــان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) وقال محمد بن محمود الاستروشني في فصوله . وإذا ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج إلى ذكر الأنوثة والذكورة ، إختلف المشايخ فيه ، وذكر الصدر الشهيد لا بد من ذكر الانوثة والذكورة ، ولا بد من بيـــان السن ، ومن المشايخ من أبى ذكر الذكورة والانوثة ، لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة إلى ذكرهما .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (فإن ادعى عقاراً وأحـده) أي ذكر حدوده (وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) أي وأن المدعي يطالب المدعى

تعـذر التعريف بالإشـارة لتعـذر النقـــل فيصار إلى التحديد فإن العقار يعرف بـــه ويذكر الحدود الاربعة ، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة « رح » على مـــا عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهوراً يكتفي بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر « رح » لوجود الأكثر ، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لانه يختلف بـــه المدعي ولا كذلك بتركها ، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة ،

عليـــه بالمدعى (تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل ، فيصار إلى التحديد ، فان العقار يعرف به) أي بالتحديد (ويذكر حدوده الأربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم) ويذكر حدود العقار ، ويذكر انساب اصحاب الحدود بأن يقال فلان بن فلان ابن فلان (ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة « رح») أي يذكر الجد (على ما عرف هو الصحيح) احترز به عما روى عنهما أن ذكر الاب يكفي (ولو كان الرجل مشهوراً) كأبي حنيفة « رح » ومحمد بن الحسن ، وابن أبي ليلى ، وأبي جعفر الكبير البخارى رحمهم الله جميعاً (يكتفي بذكره) أي بذكر الرجل بدون نسبته.

(فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر « رح») هو يقول التعريف لم يتم بدون ذكره وقوله (لوجود الاكثر) دليلنا أن إقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع ، ثم مقدار الطول يعرف بالحدين ، ومقدار العرض بذكر أحد الحدين، وقديكون الاصل مثليه (بخلاف ما إذا غلط في الرابعة) يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابعة جاز ، أي عن الحد الرابـع وإنما أنثه باعتبار الجهة وإنما قلنا ـ وسكت عن الرابعة ـ لانه إذا ذكر الرابع وغلط فيه لا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر .

(لانه يختلف به) أي بالغلط (المدعي ، وكذلك بتركها) أي بترك الرابعة ، كما لو شهد شاهدان بالبيـع وقبض الثمن ، وتركا ذكر الثمن جاز ، ولو غلطا في الثمن لاتجوز شهادتهم ، لانه صار عقد آخر بالغلط(وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط فيالشهادة)

وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه إنما ينتصب خصما إذا كان في يده وفي العقـــار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنـــه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح

حتى او ذكروا ثلاثة في الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم خلافاً لزفر كما مر .

(وقوله في الكتاب) أي قول القدوري « رح » في مختصره (وذكر أنه في يـــد المدعى عليه لا بد منه لانه) أي لان المدعى عليه (إنما ينتصب خصماً) دعواه في الخلاصة ادعى على آخر داراً في يده ، وقال في ملكي وفي يدي ، وأنكر المدعى عليه انها ملك المدعي ، فان القاضي لا يقضى بهذه البينة ما لم يشهدوا أنها في يد المدعى عليه، وفي أدب القاضي للخصاف لو أقام احدهما البينة أنها في يديه وقام الآخر البينة انها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد .

قال مشايخنا « رح » نصفه على وجه القضاء ، ونصفه على وجه الترك كان الكلام فيما (إذا كان في يده) والظاهر ان كله وجـــه القضاء ، وقال الأسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ، وإذا كانت الدار في يدي رجلين ، كل واحد منهما يدعي انها له ، فكل واحد منهما مدعي لما في يد صاحبه وعليه البينة ، ولكل واحد منهما على صاحبه اليمين فأيهما حلف على دعوى صاحبه بريء عنها وأيهما نكل عن اليمين الزمته ثمنه صاحبه، لان يد كل واحد منهما ثابتة على النصف ، فكان خارجاً فيما في يد صاحبه، فتكون البينة بينة على ما في يد الآخر ، واليمين يمين على صاحبه ، وكذلك الحيوان والعروض (وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه) أي في العقار (إلا بالبينة) بأن يشهدوا انهم عاينوا أنه في يده ، حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك (أو علـم القاضي) بأنه في يده (وهو الصحيح) إحترز به عن قول من يقول يكتفي بتصديق المدعى عليه أنه في يده .

نفياً لتهمة المواصفة إذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول، لان اليد فيـــه مشاهدة، وقوله أنه يطالبه به، لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه، ولانه يحتمل أن يكون مرهوناً في يـــده أو محبوساً بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الإحتمال، وعن هذا قالوا في المنقول

(نفياً لتهمة المواصفة إذ العقار عساه) أي لعله (في يد غيرهما) الحاصل أنه يحتمل أنهما تواصفا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه، حتى يتصرف فيه المدعي، فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مـال الغير وذلك يقضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث (بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة) فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة .

(وقوله) أي وقول القدوري « رح » (أنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه) أي لأن المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه حتى تجب على القاضي إعانته، وقال الأكمل رحمه الله تعالى في عبارته تسامح لأنه إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل، ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقـه فلا بد من طلبه إنتهى .

قلت إنما قال فيه تسامح لأنه توهم من ذلك أن الضمير في طلبه يرجع إلى حقه كما يدل عليه تقديره، ولأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه فوقع فيما وقع فيه، وإنما الضمير في طلبه يرجع إلى المدعي، والمعنى أصح، على أن في قوله، ولأن المطالبة مصدر بمعني المفعول في كلام يتأمل فيه (ولأنه) أي ولأن المدعي (يحتمل أن يكون مرهوناً في يده) أي ولأن المدعى يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أي في يد المدعى عليه (ومحبوساً بالثمن في يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو أداء الثمن (وبالمطالبة يزول هـذا الاحتمال) لأنه لو كان مرهوناً أو محبوساً بالثمن، لا يطالب بالإنقطاع من ذي اليد بخـــلاف مجرد الدعوى انه ملكه، إذ مجرد الملك لا يدل على أن اليد له (وعن هـذا قالوا في المنقول)

يجب أن يقول في يده بغير حق . قال وإن كان حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة، لكن لا بد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به قال ، وإذا صحت الدعوى سألِ القاضي المدعى عليه عنها

إشارة إلى قوله يحتمل أن يكون مرهوناً أو محبوساً بالثمن لم يطالب (يجب أن يقول في يده بغير حق) لهذا المعنى الذي ذكر وهو احتمال كونه مرهوناً أو محبوساً بالثمن ، وفي الفتاوى الصغرى والتتمة إذا أنه ملك المدعي ولم يشهد أنه في هـــذا بغير حق ، يعني أنه يقبل .

وسمعت أنه ذكر شمس الأئمة الحلواني « رح » في الجامع أنه اختلف المشايخ فيه، قال والأوضح أنه لا يقبل ، وذكر نجم الدين النسفي عن أبي الحسن السعدي والبزدوي أنـــه شرط ما لم يثبت انه في يده بغـــير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم ، وبه كان يفتي اكثر مشايخنا وقال صاحب التتمة وهو الصحيح وعليه الفتوى .

(قال) القدوري « رح » في مختصره (وإن كان حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا) إشارة إلى قوله أن المطالبة حقه فلا بد من طلبه (وهذا) يعني قوله أن يطالبـــه (لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ولكن لا بد من تعريفه) أي تعريف ما في الذمة (بالوصف) مثل أن يقول ـ كذا درهماً أو ديناراً ـ فبعد ذلك إن كان مضروباً بذكر نوعه كبخاري الضرب أو نيسابوري الضرب (لأنـه يعرف به) أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف بأنه جيد أو وسط أو ردیء، وإنما يحتاج إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقود مختلفة ، أما إذا كان نقداً واحداً فلا يحتاج .

ولو كان في البـــلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء والأفضل للبعض على البعض المبيع ويعطي المشتري البائع أي نقد شاء، إلا أن في الدعوى لا بد من تعيين أحدها، وإن كان احدها أروج يصير ذلك للفوط في البيع والدعوى فلا حاجة إلى البيان ، وإن كانت الدعوى لسبب القرض أو استهلاكه فلا بد من بيان صفته على كل حال .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها)

ليكشف وجـــه الحكم فإن اعترف قضى عليه بها لان الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه ، وإذا أنكر سئل المدعي البينة لقوله عليـــه السلام ألـك بينة ، فقـال لا ، فقـال لك يمينه ، سأل ورتب اليمين على فقـــد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف، قال وإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وإن عجز عن ذلك

أي عن الدعوى (لينكشف وجه الحـكم) لأن الاشياء التي تنقطع بهـا المنازعة الإقرار والبينة واليمين (فإن اعترف قضى عليه بها) أي يقضي القاضي على المدعى عليه بالدعوى ولفظ القضاء هنا مجاز للزومه، فإقراره فلا حاجة إلى القضاء (لأن الإقرار موجب بنفسه) فلا يتوقف على القضاء ، وإذا كان كذلك (فيأمره بالخروج عنه) موجب إقراره .

(وإن أنكر) أي المدعى عليه (سئل المدعي البينة لقوله عليـه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (الك بينة ، فقال لا، فقال لك يمينه) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي : يا رسول الله ﷺ إن هذا غلبني على ارض كانت لأبي ، وقال الكندي : هي أرض في يدي أزرعها ، ليس له فيها حق ، فقال عليـه الصلاة والسلام للحضرمي : ألك بينة ؟ قال لا ، قال فلك يمينه ، قال يا رسول الله ﷺ الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع عن شيء ، فقال ليس لك منه إلا ذلك ، فانطلق ليحلف فقال ﷺ : أما الذي حلف على مال ليأكله ظلماً ليلقين الله تعالى وهو عنه غير راض .

(سأل) أي النبي ﷺ عن المدعي والمدعى عليه (ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال) عن البينة اولاً (ليمكنه الاستحلاف) أي فيمكن القاضي طلب اليمين من المدعى عليه (قال) أي القدوري « رح » (وإن أحضرها) أي فان أحضر المدعي البينة على وفق دعواه (قضى بهـــا) أي قضى القاضي بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) أي عن الدعوى لرجحان جانب المصدق في خبر المدعي بالبينة (وان عجز عن ذلك) أي وان

وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ، ولا بد من طلبه لأن اليمين حقـه ، ألا ترى أنه كيف أضيف إليـــه بحرف اللام فـلا بـد من طلبه .

عجز المدعي عن الإثبات بالبينة (وطلب يمين خصمه) وهو المدعى عليـــه (استحلفه عليها) أي على دعواه (لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لك يمينه (ولا بدمن طلبه) أي من طلب المدعي استحلاف خصمه (لأن اليمين حقه) ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى انـــه كيف اضيف اليه) أي كيف أضيف اليمين الى المدعي انمـــا ذكر أضيف وان كان سنداً الى ضمير اليمين التي هي مؤنثه على تأويل القسم أو الحلف (بحرف اللام فلا بد من طلبه) أي لام الاختصاص في قوله عليه الصلاة والسلام فلك يمينه ، نعلم أن اليمين حقه .

* * *

باب اليمين

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة فطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة « رح » معناه حاضرة في المصر ، وقال أبو يوسف « رح » يستحلف ، لان اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ، ولابي حنيفة « رح » إن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا ،

(باب اليمين)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين ، قال الاترازي « رح » مـــا كان يحتاج هنا الى الفصل بالباب ، بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متواليـاً ، لأنه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالإقرار والبينة واليمين ، قلت الذي رتبـه المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد النية تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها .

قال أي القدوري « رح » (وإذاقال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة « رح ») قال المصنف « رح » (معناه) أي معنىقول القدوري (حاضرة في المصر) واحـترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فحينئذ لا يجوز الحكم باليمين بالاجماع ، وان طلب الخصم واحـــترز به ايضاً عما اذا كانت البينة غائبة عن المصر ، فحينئذ يستحلف بالاتفاق .

(وقال أبو يوسف « رح » يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف) وهو قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه ، وقـد مر عن قريب (فاذا طالبه [1]) أي فاذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين (يجيبه) أي يجيب القاضي المدعي ويستحلف المدعى عليه (ولأبي حنيفة « رح » أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لمـــا

---

(١) طالبه به ـ هامش .

فلا يكون حقه دونه ، كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس
ومحمد « رح » مع أبي يوسف « رح » فيما ذِكره الخصاف ، ومع
أبي حنيفة « رح » فيما ذكر الطحاوي « رح »

روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام : ألك بينة فقال لا قال لك يمينه .

فانه عليه الصلاة والسلام رتب اليمين على فقد البينة (فلا يكون حقه دونه) أي لا تكون اليمين حق المدعي دون العجز عن البينة ، يعني لا تكون ولاية الاستحلال دون العجز عن اقام البينة (كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس) أي في مجلس القاضي حيث لا يجوز الاستحلاف (ومحمدرح مع أبي يوسف رحمهم الله فيما ذكر [1] الخصاف ، ومع أبي حنيفة « رح » فيما ذكره [2] الطحاوي) وانكر الاترازي «رح» على المصنف فيجعل محمد « رح » مع أبي يوسف « رح » فيما ذكره الخصاف ، فقال لأن الخصاف لم يذكر الخلاف في أدب القاضي إلا بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولم يذكر لمحمد « رح » قولاً ، وكذلك فعل أبو بكر الرازي « رح » في شرح أدب القاضي للخصاف ، ولم يذكر قول محمد « رح » أصلا ، وكذا قال الإمام أبو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي للخصاف ، فقال ولم يذكر الخصاف قول محمد « رح » ثم قال ، وذكر أبو علي بن موسى أن قول محمد « رح » مع أبي يوسف « رح » فيما روى عبد الرحمن البردي [3] وغيره من أصحاب محمد « رح » .

وانكر الاترازي ايضاً عليه في جعل محمد « رح » مع أبي حنيفة « رح » فيما ذكره الطحاوي ثم قال لأن الطحاوي ذكر هذه المسألة في مختصره وذكر الخلاف بين أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ثم قال : ولم نجد هذه الرواية عن محمد « رح »

---

(١) ذكره ـ هامش .

(٢) ذكر الطحاوي ـ هامش .

(٣) الهروي ـ هامش .

قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر، قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي « رح » ،

وأنكر الرواية عن محمد « رح » أصلا ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية أن محمداً مع أبي حنيفة رحمهما الله فيما ذكره الطحاوي « رح » قلت لا وجه لهذا الإنكار، لأن عدم وقوف الطحاوي على أن محمداً « رح » مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره، من المصنف وغيره .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا ترد اليمين على المدعي) وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله في رواية ترد، وقول أحمد « رح » في الظاهر كقولنا (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (البينة على المدعي ، واليمين على المنكر[1]) الحديث اخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

وروى محمد ابن الحسن « رح » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم عن النبي ﷺ أنه قال : البينة على المدعي واليمن من انكر ، وجه الاستدلال به هو ما قال المصنف « رح » بقوله (قسم) أي قسم النبي ﷺ بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من أنكر (والقسمة تنافي الشركة ، وجعل) أي النبي ﷺ (جنس الإيمان على المنكرين ، وليس وراء الجنس شيء) بيانه انه ذكر اليمين محلى بالألف واللام وأنه للجنس إذا لم يكن ثمة معهود .

ويقال جعل البينة حجة جنس المدعين ، واليمين حجة المنكرين ، فتكون جميع الإيمان على المنكرين فمن رد اليمين على المدعي لم يجعل جميعها على المنكرين ،فيكون ذلك نسخاً للحديث المشهور ، ولأنه عمل به الأئمة ، وأنه لا يجوز بخبر الواحد ولا بالقياس (وفيه خلاف الشافعي «رح») قد ذكرنا رد حجته ومن معه في مسألة القضاء بشاهد ويمين.

---

(١) من أنكر ــ هامش .

روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم حديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد ، والجواب عنه من وجهين ، أحدهما أنه معلول بالإنقطاع لأن فيه عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنه ، وقال الترمذي في عالمه الكبير ، في أن هذا الحديث قاله عمرو بن دينار ولم يسمعه من ابن عباس رضي الله عنه.

وقال ابن القطان في كتابه ، والحديث وإن كان مسلماً أخرجه عن قيس بن سعد وعمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، ولكنه يروى بالانقطاع، وقال الطحاوي وقيس بن سعد لأن علمه إلا بحديث عمرو بن دينار لبس .

الوجه الثاني أن هذا على صحته لا يفيد العموم . قال الإمام فخر الدين « رح » قول الصحابي نهى رسول الله ﷺ عن كذا ، وقضى بكذا لا يفيد العموم ، لأن الحجة في المحكي عنه لا في الحكاية ، والمحكي قد يكون خاصاً وأيضاً فالقضاء له ..... قد وجد والبياض . . . . . أقر بها إلا في هذا الموضع فعل الخصومات ، وهذا مما يتعين به الخصومات ، إذ لا يتأتى فيه الحكم يكمل شاهد من النبي ﷺ إلى قيام الساعة ، بل إنما يقضي شاهد خاص .

فإن قلت روى سهل بن أبي صالح[1] « رح » في العامة القيامة[2] أن رسول الله ﷺ قال للأنصار تبرئكم يهود بخمسين يميناً ، فقالوا كيف نقبل ايمان قوم كفار ، فقال رسول الله ﷺ : اتحلفون وتستحقون .

فهذا رسول الله ﷺ جعل الأيمان على المدعين بعد أن جعلها على المدعى عليهم فعلم أن رد اليمين جائز و الجواب أنه لا دليل فيه للخصم لأنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك على سبيل الإنكار عليهم ، بدليل أن اليمين عند الحالف لا ترد على المدعي إلا بعد أن يمتنع المدعى عليه ، واليهود لم يمتنعوا من اليمين ، وإنما قالت الأنصار لا نرضى بأيمانهم ، فدل على أن الكلام خرج على وجه الإنكار .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) وأراد

---

(١) في الأصل سهل بن أبى حنيفة ، أ هـ مصححة .

(٢) كذا الأصل ، أ هـ مصححة .

وبينة الخارج أولى ، وقال الشافعي ، ويقضي ببينة ذي اليـــد لاعتضادها باليد، فيقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ، ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير ، ولنا أن بينة

بالمطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب ، بأن يقول ـ هـذا ملكي ـ ولم يقل ملكه بسبب الشراء والإرث ونحو ذلك ، لأن المطلق مـــا يتعرض الذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات ، فلذلك قيد به احترازاً عن الملك المقيد بدعوى النتاج ، وبسبب لا يتكرر ، وعن ماذا ادعيا الملك من واحد واحدهما قابض ، وعن ماذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما اسبق ، فإن هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع .

فإن قلت أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه،قلت نعم ، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج ، والقبض ، وسبق التاريخ، فهو من تلك الجهة مدعى عليه ، والبينة للمدعي .

فإن قلت فهل تجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليـــه ، قلت لا ، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة ، وها هنا لم يعجز، وإذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في ملك المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعياً .

(وبينة الخارج أولى) إن أقاما بينة (وقال الشافعي «رح» يقضى ببينة ذي اليد) وبه قال مالك «رح» والقاضي منه من أصحاب أحمد «رح» وقول أحمد «رح» كقولنا (لاعتضادها باليد) أي لتقوية البينة باليد ، إذ اليد دليل الملك (فيقوي الظهور) لأن بينة الخارج أكثر إثباتاً (وصار) أي وصار حكم ذي اليد بالقضاء بينة (كالنكاح) بأن ادعى نكاح امرأة وهي في يد أحدهما يقضى لصاحب اليد بالإجماع (والنتاج) بأن أقاما بينة على نتاج دابة وهي في يد أحدهما يقضى لصاحب اليد .

(ودعوى الملك مـــع الاعتاق) بأن ادعى عبداً في يد رجل وأقام بينة أنه عبده واعتقه وأقام ذو اليد بينة انه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى (والاستيلاء) بأن ادعى انها أمته استولدها وهي في يد أحدهما فبينة ذي اليد اولى (والتدبير ولنا أن بينة

الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً، لان قدر ماأثبتته اليد لا يثبته بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج، لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق وأختيه، وعلى الولاء الثابت بها،

الخارج أكثر إثباتاً) بأن ادعيا أنه عبده ومدبره فبينه ذي اليد أولى في كل وجه ، وبينة ذي اليد لا تثبت الملك من كل وجه ، بل من وجه ، لأن اليد دليل الملك ، ولهـذا لو رأى عيناً في يد إنسان يتصرف فيها تصرف الملاك جاز لمن رأى أن يشهد بالملك له (أو إظهاراً) يعني في الواقع ، فان بينته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع .

(لأن قدر ما اثبتته اليد لا تثبته بينة ذى اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك) فبينته لا تثبت لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك وتظهره ، وما هو أكثر إثباتاً ، من البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه ، فإن قيل بينة الخارج تزيل ما أثبته ذو اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ،ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى يزيل ما ثبت باليد ، وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها، فقبله يكون الملك ثابتاً للمدعي عليه ، وإثبات الثابت لا يتصور ، فلا يكون بينة مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد .

(بخلاف النتاج ، فإن اليد لا تدل عليه) فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة ، فكان كل واحد من البينتين للاثبات فترجح إحداهما باليد (وكذا على الإعتاق واختيه) أي وكذا اليد لا تدل على اختي الإعتاق ، وهما التدبير والاستيلاء فتعارضه بينة الخارج ، وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد (وعلى الولاء الثابت بها) أي بالاعتاق والاستيلاء والتدبير ومعناه أن البينتين في الاعتاق واختيه يدلان على الولاء ، إذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما ، وهما استويا في ذلك ، وترجح صاحب اليد بحكم يده ، ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلماً أو ذمياً ... أو عبداً أو حراً أو امرأة أو رجلا ، والمدعي عليه كذلك والمدعي به كذلك أي مال كان.

قــال وإذا نكل المدعي عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول ، والزمه ما ادعى عليه ، قال الشافعي « رح » لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي ، فإذا حلف يقضي بـــه لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة ، والترفع عن الصادقة ، واشتباه الحال ، فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ، ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً ، إذ لولا

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا نكل المدعي عليـــه عن اليمين قضي عليه بالنكول) أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول (وألزمه ما ادعى عليه) أي ألزم القاضي المدعى عليه بما ادعى عليه المدعي ، وفي بعض النسخ ولزمه (وقال الشافعي يقضى به) أي بالنكول (بل ترد اليمـين على المدعي ، فإذا حلف يقضى به) أي إذا حلف المدعي يقضى له بما يدعيه ، وفي التفريـع للمالكية ، وإذا ادعى على رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتى يثبت أن بينهما خلطة ، فاذا ثبت ذلك حلف المدعى عليـــه وبرىء ، فان نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول ، وحلف المدعي على ما ادعاه واستحق ما ادعاه بيمينه ونكول خصمه ، فإن لم يحلف لم يحكم له بشيء انتهى .

وروى عن أحمد أنه قال إذا نكل المدعى عليه حبسته أبداً حتى يحلف فيبرأ ، أو يقر فيحكم عليه ، وبقولنا قال سعيد الثوري (لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) أي عن اليمين الصادقة (واشتباه الحال) يعني ويكتمل أن يكون الحال مشتبهة عليه ، لا يدري أصادق في الانكار فيحلف ، أو كاذب فيمتنع (فلا ينتصب) أي يمين المدعى عليه (حجة مع الإحتمال ، ويمين المدعي دليل الظهور) لما كانت يمين المدعى عليه ، وينكر له ، وبنكوله صار الظاهر شاهداً للمدعى ، فإذا كان كذلك (فيصار اليه) أي الى المدعي .

(ولنا أن النكول) أي نكول المدعى عليه (دل على كونه باذلاً) أي كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة «رح» (أو مقراً) أي كان إقراراً كما هو مذهبهما (إذ لولا

ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ، ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه ، قال وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً ، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه ، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم، إذ هو موضع الخفاء ، قال فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضي عليه بالنكول، وهذا التكرار ذكره الخصاف « رح »

ذلك) أي لولا أن اليمين بذل أو إقرار (لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب) لأن اليمين واجبة عليه ، لقوله ﷺ - واليمين على من انكر - وكلمة على للوجوب (ودفعاً للضرر عن نفسه) وهو بذل المال (فيترجح هذا الجانب) أي جانب كون الناكل باذلاً ومقراً على الوجه المحتمل ، وهو كونه متورعاً أو نحو ذلك .

(ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام - البينة على المدعي واليمين على من أنكر - وفي المبسوط والأسرار مذهبنا مؤيداً باجماع الصحابة رضي الله عنهم . على ذلك فإن قيل كيف يكون إجماع الصحابة رضي الله عنهم وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه حلف المدعي بعد نكول المنكر ، قلت وروي عن علي رضي الله عنه في المنكر طلب منه رد اليمين إلى المدعي فقال ليس لك عليه سبيل ، وقضي بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه ، فقال له علي قالوا به بلغة الرق الروم من أحببت .

(قال) أي القدوري « ر ح »(وينبغي للقاضي أن يقول له) أي للمدعى عليه (إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً ، فان حلفت وإلا فقضيت عليك بما ادعاه) أي المدعي (وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء) أي الحكم بالنكول موضع الخفاء لأنه مجتهد فيه ، ولعدم دلالة النص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه النكول .

(قال فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول، وهذا التكرار ذكره الخصاف « رح ») لأن التكرار ليس بشرط على ما ذكره في الأصل ، بل إذا قضى

لزيادة الإحتياط والمبالغة في إيلاء العذر ، فأما المذهب إنـــه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لمـــا قدمناه هو الصحيح ، والأول أولى ، ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله ــ لا أحلف ــ وقد يكون حكمياً بأن يسكت ، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح ،

بالنكول مرة جاز ، وإنما ذكره الخصاف « رح » (لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء العذر) فصار كامهال المرتد ثلاثة أيام (فأما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) إشارة إلى ما ذكر إذا النكول دل على كونه باذلاً أو مقرراً ، كذا قاله الأترازي والكاكي والأكمل رحمهم الله .

وقال تاج الشريعة قوله ــ لما قدمنا ــ يعني أنه لولا كونه كاذباً لأقدم على اليمين إقامة للجواب (هو الصحيح) قـــال الأترازي « رح » إحتراز عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار ، وقال الأكمل إحتراز عن ما قيل ــ لو قضى بالنكول مرة واحـــدة لا ينفذ وهذا هو الأوجه (والأول أولى) أي ما ذكره الخصاف أولى ، كما في الإمهـــال للمرتد ، فان قتل بلا إمهال جازه .

وفي الكافي ــ والتقدير بالثلاث في العرض لازم في المروى عن أبي يوسف ومحمد « رح » ــ وبه قال أحمد والجمهور رحمهم الله الجميع ، على أنه للإحتياط ، وبه قال مالك والشافعي « رح » (ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف ، وقد يكون حكمياً بأن يسكت وحكمه) أي حكم السكوت (حكم الأول) وبه قال الثلاثة (إذا عـلم أنه لا آفة به) بفتح الراء (من طرش) من يطرش طرشاً ، من باب علم ، أي صار أطروشاً ، وهو الأصم ، والطرش أهون من الصم **(أو خرس)** بفتـــح الراء ، وهو آفة باللسان تمنع الكلام أصلا (هو الصحيح) أشار به إلى اختلاف الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد **عـرض اليمين** عليه ولم يقل ــ لا أحلف .

فقال بعض أصحابنا إذا سكت المدعى عليه سأل القاضي ــ هل به خرس أو طرش

قال وإذا كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة «رح» ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة ، والفيء في الإيلاء ،

فاذا قالوا لا ، جعله ناكلا ، وقضى عليه ، ومنهم من قال يحبس حتى يجيب ، والأول هو الصحيح ، كذا في شرح الاقطع ، وفي الفصول ، لو كان استحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه ، لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة ، واليمين عند القاضي قاطعة لها .

ولو قال المدعي إن حلف المدعى عليه فأنا بريء ، أو قال فدعواه باطلة لا تبطل دعواه ، حتى لو أقام بينة بعد يمين الخصم تقبل بينته ، وفي المبسوط ، بعض القضاة من السلف لا يسمع البينة بعد يمين الخصم ، ولسنا نأخذ بذلك ، وإنما نأخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه ، فانه جوز قبول بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه وبه قالت الثلاثة . وفي النوازل لو ادعى دواعي متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء لكي [1] جمعها في يمين واحدة ، وفي التتمة لو ادعى ديناً في التركة وصلت في يد هذا يحلف بالله وحده ، بالله ما وصل اليه شيء من التركة ولا يعلم أن له ديناً على أبيه ، وقيل يحلف بيمينين على الوصول على البتات ، وعلى الدين على العلم ، وبه قال عامة المشايخ ، وأجمعوا أن المدعي بعد إقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه ، وإن لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف .

(قال) أي القدوري « رح» (وإن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة رضي الله عنه) ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وانكرت المرأة وبالعكس،فلا استحلاف فيه عنده .

(ولا يستحلف عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (في النكاح) سواء كان الرجل مدعياً أو المرأة (والرجعة) أي ولا يستحلف أيضاً في الرجعة ، بأن ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أنه كان راجعاً في العدة ، وهي تجحد أو ادعت هي كذلك وهو يجحد (والفيء في الايلاء) أي ولا يستحلف في الفيء في الإيلاء أيضاً، بأن ادعى بعد مضي هذه الإيلاء

---

(١) كذا الأصل وأعتقد أن الصحيح هو « لكن يجمعها » والله أعلم . أ هـ مصحح .

والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود، واللعان. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان،

أنه فاء اليها في المدة وهي تجحد، أو ادعت المرأة كذلك وهو يجحد (والرق) أي ولا يستحلف أيضاً في الرق بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده أو ادعى مجهول النسب (والاستيلاء) بأن ادعت الأمة على مولاها أنها ولدت منه وأنكر المولى، ولا يتصور العكس من قبله عليها، لأن الاستيلاء يثبت باقراره .

(والولاء) أي ولا يستحلف في الولاء ايضاً بأن ادعى على معروف النسب انه معتقه أو بالعكس (والنسب) أي ولا يستحلف ايضاً في النسب، بأن ادعى الوالد[1] على الوالد وأنكر الآخر (والحدود واللعان) أي ولا يستحلف أيضاً فيهما، أما الدعوى في الحد بأن قال رجل لآخر لي عليك حد قذف وهو ينكر لا يستحلف بالإجماع لأنه يندرء بالشبهات، إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبد بالزنا، وقال ان زنيت فأنت حر، وادعى العبد بأني زنيت، ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي .

وقال القدوري رحمه الله في شرح كتاب الاستحلاف، وقد قالوا انه يستحلف في التعزير لأنه في حكم الأموال، وهذا يصح فيه العفو والإبراء، وقال القدوري فيه أيضاً، قال أبو حنيفة « رح » واذا تعلق بهذه الاشياء استحقاق مال استحلف القاضي في المال وإن كان لا يستحلف في سببه كالمرأة إذا ادعت النكاح والمهر، والرجل إذا ادعى النسب والنفقة، أما الدعوى في اللعن بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفاً يوجب اللعان وأنكر الزوج لا يستحلف بالإجماع، فانه في معنى الحد.

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان) فلا يستحلف فيهما بالإجماع كما ذكرنا، وبقولهما قال الشافعي « رح » لكن عنده يجري في حد القذف والقصاص، ولا يجري في الحدود الخالصة .

---

(١) كذا الأصل والأصح الولد . أ هـ مصححة .

وصورة الإستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد مولاي، وهذا ابني منه، وأنكر المولى، لأنـــه لو ادعى المولى ثبت الإستيلاد بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها، لهما أن النكول إقرار، لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه، فكان إقراراً أو بدلاً عنه .

وقال مالك وأحمد رحمها الله لا يجري التحالف إلا فيما لا يثبت إلا بشاهدين، وعن أحمد « رح » في رواية يجري في القصاص وحد القـــذف والطلاق، والعتاق (وصورة الإستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد مولاي، وهذا ابني منه، وأنكر المولى لأنه لو ادعى المولى ثبت الإستيلاد بإقراره، ولا يلتفت إلى انكارها) وإنما ذكر صورة الاستيلاد فقط لأن في الباقي من صورة الشارع فيه هي الدعوى في الجانبين سوى هذه الصورة وقـد مر الكلام فيه (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار) السابق (على ما قدمناه) يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه .

(فكان) أي النكول (إقراراً أو بدلاً) بفتح الدال المهملة، أي خلفاً (عنه) أي عن الإقرار وهـــذا في الحقيقة جواب عن شبه، ترد على كون النكول إقرار عندهما، أحدها ما لو اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الثاني، ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الاول فنكل، ولو كان النكول إقرار لزمه النصف بنكوله في المرة الاولى، كما لو أقر في تلك المرة وأجيب بأن النكول ليس باقرار في نفسه، ولكن يجعل مقـــام الإقرار خلفاً عنه لقطع الخصومة، فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة إلى دفع الخصومة، فكان كالإقرار في المرة الاولى لا في الثانية .

الشبهة الثانية الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع فنكل فإنه يلزم الموكل، ولو جعل إقراراً للزم الوكيل في الإقرار به، وأجيب بأنه وإن كان الإقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع، بحيث لا اختيار أمر الموكل ادخله فعليه خلاصه، أمـــا إذا أقر فهو شيء لزمه باختيار الإقرار، فإنه كان ينقضي عن عهدة الدعوى بالسكوت أو النكول فيلزمه الضمان، ولا يرجع به على الموكل .

والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندرء بالشبهات ، واللعـــان في معنى الحد ، ولأبي حنيفة « رح » أنه بذل ، لأن معـــه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار والبذل لا يجري في هذه الأشياء ،

الشبهة الثالثة هي ما إذا كفل بما وجب على فلان ، فادعى المكفول له مالاً على فلان ، فنكل فلان لا تقضي بالمال على الكفيل ، ولو كان النكول اقراراً لقضي به على الكفيل كما لو أقر ، وأجيب أن أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله يقولان أن النكول يدل على الإقرار في قطع الخصومة ، لأنه يكون إقرار حقيقة ، ولهذا لا يثبت المدعي بنفس النكول بخلاف الإقرار ، كذا في المبسوط وغيره .

وذكر الأكمل هذه الشبهة بقوله ـ وعليه تقرض إجمالية ـ (والإقرار يجرى في هـــذه الأشياء) المذكورة (لكنه إقرار فيه شبهة) هـــذا جواب من يقول ـ لو كان النكول إقرار ينبغي أن يجب الحد ، فأجاب بقوله ـ فإنه إقرار فيـــه شبهة (والحدود تندرء بالشبهات ، واللعان في معنى الحد) لأنه قائم مقام القذف في حق الزوج، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة ، وقد مر ذلك في اللعان .

(ولأبي حنيفة « رح » أنه) أي أن النكول (بذل) وإباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والإباحة، فلا يقضى فيها بالنكول ، كالقصاص في النفس وعليها الأموال (لأن معه) أي مع البذل (لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود) ولا تبقى لليمين فائدة ، وتحقيق الكلام ها هنا أن النكول وإن كان بدلاً لكنه يحتمل أن يكون كذباً (وإنزاله باذلاً أولى) حملا لحاله على الصلاح (كي لا يصير كاذباً في الإنكار) السابق لأنه كان أنكر أولا فلا يظن بينكم الكذب فجعل بذلاً .

(والبذل لا يجري في هذه الأشياء) أي الأشياء المذكورة التي لا يستحلف فيها، فإذا كان كذلك لا يقضى فيها بالنكول ، فانه إذا قال مثلا ، أنا حر وهـــذا الرجل يؤويني فدفعت اليه نفسي أن يسترقني ، أو قال أنا ابن فلان ، ولكن أحب أن يدعي نسبي ، أو

وفائـدة الاستحلاف القضـاء بالنكول فـــلا يستحلف ، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب ، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة ، وصحته في الدين بنـــاء على زعم المدعي وهو يقبضه حقاً لنفسه ، والبذل معناه ها هنا ترك المنع ، وأمر المال هين ، قال ويستحلف السارق .

قالت انا لست بامرأته ، لكن دفعت اليـه نفسي وأبحت له الامساك لا يصح (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) يعني أن البذل فيها لا يجري وفات فائدة الاستحلاف ، لأن فائدة القضاء بالنكول ، والنكول بذل ، والبذل فيها لا يجري .

(فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة (إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة) هـذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال أن النكول لو كان بدلاً ينبغى أن لا يملكه المكاتب والمأذون لأنها يملكون البذل ، فأجاب بقوله (فيملكه المكاتب والعبد المأذون) له يحتمل (بمنزلة الضيافة اليسيرة) وتقدير الجواب انها ملكاه باعتبار ما فيه من دفـــع الخصومة في حق المدعي ، وإن كان لا يملك أنه بانفراده كالضيافة منهما لأنها من توابـع التجارة (وصحته في الدين) أي صحة القضاء بالنكول (بناء على زعم المدعي) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره بأن يقـــال ، لو كان النكول بدلا لم يصح القضاء بالنكول في الدين ، لأن البذل لا يتحقق فيه ، لأن الدين وصف ثابت في الذمة ، والبذل يجرى فيه .

وتقرير الجواب أن صحة البذل في الدين بناء على زعم المدعي (وهو يقبضه حقـــاً لنفسه) تقرير هذا أن البذل لم يصح في الدين فيما يكون من جهـــة القابض ، ومن جهة الدافع ، فإن كان الأول فلا مانع لأنه يقبضه حقاً لنفسه بناء على زعمه وإن كان الثاني وهو قوله (والبذل معناه هاهنا) أي في الدين (ترك المنع) وجاز له أن يترك المنــع (وأمر المال هين) جواب عما يقال ، فهلا جعل ايضاً في الاشياء ، والسبعة المذكورة تركاً للمنع فأجاب بأن أمر المال هين أي اسهل ، لأنه خلق في الأصل مباحـاً مبذلا لمصالح الناس ، ولم بصح في الأشياء السبعة ، لأن أمرها ليس بهين .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ويستحلف السارق) يعني إذا كان مراد

فـــإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه المنكول ، والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليـــه رجل وامرأتان . قال، وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول ، استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً ، لأن الإستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لا سيا إذا كان المقصود وهو المـــال ، وكذا في النكاح ،

المسروق منه المال يستحلف بالله ما له عليك هذا المال ، لأنه يثبت بالشبهات ، فجاز أن يثبت بالنكول .

(فإن نكل ضمن ولم يقطع) ولا خـــلاف فيه ، وقال القدوري « رح » في شرح كتاب الاستحلاف ، قال أبو حنيفة « رح » لا يستحلف شيء من الحدود ، لا في الزنا، ولا في السرقة ولا في القذف ، ولا شرب الخمر ، ولا السكر ، إلا أنه طالب المسروق منـه ضمان المال ، استحلف ، فإن نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه (لأن المنوط بفعله) أي لأن المتعلق بفعل السارق (شيئان) أحدهما (الضمان) أي ضمان المال (ويعمل فيه المنكول) يعني يثبت بالنكول لأنه يجري فيه البذل ، ويثبت بها فيه شبهة (والقطع) والثاني القطع .

(ولا يثبت به) أي ولا يثبت القطع بالنكول لأنه لا يجري البذل بالنكول ، لأنه لا يجري البذل في الحدود ، ولا يثبت بما فيه شبهة الإقرار (فصار) حكم هـذا (كما إذا شهد عليه) أي على السرقة (رجل وامرأتان) حيث يثبت المال فلا يثبت القطع .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا ادعت امرأة طلاقاً قبل الدخول) وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل طلاق الدخول حتى يعلمهم أن الدعوى في كل المهر أو نصفه سواء كان دعوى المهر في ضمن أو بدونه ، هذا قاله الكاكي « رح »، وقال الأكمل فيه نظر ، لأن الطلاق يغني عن ذلك ، وليس فيه توهم التقييد بذلك (استحلف الزوج ، فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً ، لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لا سيا اذا كان المقصود هو المال ، وكذا في النكاح) أي و كذا يجري الاستحلاف

إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح ، وكذا في النسب ، إذا ادعى حقاً كالإرث ، والحجر في اللقيط والنفقة ، وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هذه الحقوق ، وإنما يستحلف في النسب المجرد

إذا كان دعوى المال في النكاح ، وهو معنى قوله (إذا ادعت هي الصداق ، لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله) في النكاح ، وهو معنى قوله (ولا يثبت النكاح) لأن البذل لا يجري في المال دون النكاح ، فان قلت وجب أن يثبت النكاح ايضاً لأنه يثبت بالشبهات ، قلت البذل لا يجري فيه كما ذكرنا .

(وكذا) أي وكذا يستحلف (في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل آخر انه أخ المدعي عليه ، مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه ، أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة فانه يستحلف على النسب ، فان حلف برىء ، وإن نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب (والحجر في اللقيط) أي وكذا إذا ادعى الحجر في اللقيط إن كان صبي لا يعبر عن نفسه في يده ملتقط ، فادعت اخوته امرأة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها ، وأرادت استحلافه فنكل ، ثبت لها الحجر دون النسب .

(والنفقة) بأن ادعى النفقة بسبب الأخوة وهو زمن ، فانكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع ، فان حلف برىء وإن نكل يقضي بالبينة بالنفقة ، ولا يقضى بالنسب (وامتناع الرجوع في الهبة) أي وكذا يستحلف في امتناع الرجوع في الهبة ، صورته أن الواهب اراد الرجوع فقال الموهب له ، أنا اخوك فلا رجوع لك ، فالواهب يستحلف ، فان نكل ثبت الإمتناع من الرجوع ولا يثبت النسب .

(لأن المقصود هذه الحقوق) هذا دليل المجموع ، أي لأن المقصود في الصور المذكورة إثبات المال ، فعند النكول يثبت المال ولا يثبت النسب ، لان فيه تحميل له على الغير ، وهو لا يجوز (وإنما يستحلف في النسب المجرد) قيد به احترازاً عما هو مقرون بدعوى

عندهما ، إذا كان يثبت بـــإقراره ، كالأب والإبن في حق الرجل ، والأب في حق المرأة ، لان في دعواهـــا الإبن يحتمل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما ، قـــال ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحده

المال ، فانه يثبت المال ولا يثبت النسب (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (إذا كان يثبت بإقراره) المدعى عليه ، فان النكول عندهما إقرار .

بيان ذلك في قوله (كالأب والإبن في حق الرجل) فان إقراره يصح بالاب والإبن (والاب في حق المرأة) كما إذا ادعت انه أبوها (لان في دعواها الابن) أي في إقرارها به (تحميل النسب على الغير) فلا يجوز ، حاصله أنه يصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين، والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد لما قلنا .

وإقرار الرجل يصح بخمسة ، بالوالدين ، والولد ، والزوجة والمولى ، لانه أقر بمـــا يلزمه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير ، ولا يصح إقراره بما سواهم (والمولى والزوج في حقهما) أي في حق الرجل والمرأة ، وهو متعلق بقوله ، والمولى والزوج جميعاً لان اقرار الرجل والمرأة جميعاً بالمولى والزوج يصح .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » في مبسوطه ، الاصل في هـــذا الباب أن المدعى عليه النسب إذا انكر هل يستحلف ، إن كان بحيث لو أقر به لايصح إقراره عليه فاستحلف عندهم جميعاً ، لان اليمين لا تفيد ، فان فائدة اليمين النكول ، حتى يجعـــل النكول بدلاً وإقراراً فيقضى عليه لو أقر فانه لا يستحلف عندهم جميعاً إن كان المدعى عليه حيث لو أقر به لزمه ما أقر به ، وإذا أنكر هل يستحلف على ذلك ، فالمسألة على الإختلاف عند أبي حنيفة «رح» لا يستحلف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما اللهيستحلف فإن حلف بريء عن الدعوى ، وإن نكل عن اليمين لزمته الدعوى ، فعلى هـــذا الأصل يخرج مسائل الباب .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (ومن ادعى قصاصاً على غـــيره فجحده

يستحلف بالاجماع ، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » وقالا لزمه الارش فيهما ، لان النكول إقرار فيه شبهة عندهما ، فلا يثبت به القصاص ، ويجب به المال ، خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه ، كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد ، ولابي حنيفة «رح» أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل ، بخلاف الانفس، فإنه لو قال ،

يستحلف بالإجماع) ولا خلاف فيه (ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص) عند أبي حنيفة « رح » وبه قال القاضي ، ومالك رحمهما الله بعد حلف المدعي ، وأحمد « رح » في رواية (وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وهذا عند أبي حنيفة « رح ») أي الذي ذكر من النكول فيما دون النفس ، والنكول في النفس .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (لزمه الأرش فيهما) أي يلزمه المال في النفس والطرف جميعاً ، وهذا الاختلاف فرع اختلافهم في معنى النكول ، فعندأبي حنيفة « رح » هو في معنى البذل ، وعندهما في معنى إقرار فيه شبهة ، لأنه لم يصرح بالإقرار ، وهو معنى قوله (لان النكول إقرار فيه شبهة) أي شبهة البدلية ، أو شبهة الإقرار، لأن النكول إقرار فيه شبهة الإنكار (عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ، خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) قيد به لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ، ولا المال ايضاً ، كما إذا أقام مدعي القصاص رجلا أو امرأتين أو الشهادة على الشهادة ، حيث لا يقضى بشيء ، فامتنع القصاص ، قوله فلا يجب المال ونظائره بقوله (كما إذا أقر بالخطأ ، والولي يدعي العمد) يجب المال وبعكسه لا يجب .

(ولأبي حنيفة « رح » أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) لأنها خلقت وقاية النفس ، كالأموال فإذا كانت كذلك فيجب ، أي فيه البذل ، كما في الأموال (بخلاف الانفس) حيث لا يجري البذل فيها ، وأوضح ذلك بقوله (فانه لو قال) أي فإن أحداً

أقطع يدي ، فقطعه لا يجب الضمان ، وهـــذا إعمال للبذل ، إلا أنـــه لا يبـاح لعدم الفائدة ، وهـذا البذل مفيـد لاندفاع الخصومة ، فصار كقطع اليد للآكله ، وقلع السن للوجع ، فإذا امتنع القصاص في النفس ، واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة ، قال وإذا قـــال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه ، أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام ، كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه

لو قال لآخر (إقطع يدي فقطعها لا يجب عليه الضمان ، وهذا) أي عدم الضمان (إعمال للبذل) وهو بذل مقيد لكونه دافعاً للخصومة (لأنه لا يباح) جواب إشكال ، وهو أن يقال لو كانت الاطراف الاموال ، ينبغي أن يباع القطع بالبذل ، كما يباح المال بالبذل ، فأجاب بأنه لا يباع القطع (لعدم الفائدة) أي كما إذا قال له الغير ، إحرق ثوبي،اوأتلف مالي لا يباح لعدم الفائدة .

(وهذا البذل مقيد لاندفاع الخصومة) أي بهذا البذل (فصار كقطع اليد للآكلة) على وزن الفاعلة ، وهي قرحة غائرة في البدن ينخر العفن، وسببها دم فاسد عفن يستحيل إلى السواد ، وأول علاجها استنزاع الخط السوداوي (وقلع السن للوجع) عطف علىقوله – تقطع اليد للآكلة – فإن القطع هاهنا مفيد ، فلو قطعه لا يجب عليه شيء بخلافالقطع للسرقة ، فان القطع فيها خالص حق الله تعالى ، فلا يثبت حق الشبهة .

(فإذا امتنع القصاص في النفس) لكونه حق الله تعالى خالصاً ، ولا يجري البذل في حقوقه (واليمين حق مستحق علية يحبس به) أي بحق اليمين ، قـاله الـكاكي ، وقال الأترازي « رح » بالحق المستحق (كما في القسامة) فانهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حق يقروا أو يحلفوا .

(قال) أي القدوري « رح » وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة ، قيـل لخصمه إعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه) أي حق المدعي ، وقد اختلف السلف في أخذ الكفيل .

والكفالة بالنفس جائزة عندنا ، وقد مر من قبل ، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا ، لان فيه نظراً للمدعي ، وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ، وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله ، فيصح التكفيل بإحضاره ، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة « رح » وهو الصحيح ، ولا فرق في الظاهر بين الخامل

روى قتادة والشعبي انه لا يجوز ، وروي عن ابراهيم النخعي انه يجوز (والكفالة بالنفس جائزةعندنا) وهذا استحسان كما يجيء وبه أخذ علماؤنا ، والقياس أنه لا يجوز كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي « رح » لأنه مجرد الدعوى ليس سبب الاستحقاق (وقد مر من قبل) أي في أول كتاب الكفالة ، وعند الشافعي « رح » لا تجوز الكفالة بالنفس (وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى **استحسان** عندنا) قيد به ، لأن في القياس أن لا يوجد كفيل قبل إقامة البينة ، وبه قال الشافعي « رح » .

(لأن فيه) أي في أخذ الكفيل (نظراً للمدعي ، وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لأن الحضور مستحق) أي على المدعى (عليه بمجرد الدعوى ، حتى يعدى عليه) بلفظ المجهول في الإعداء ، يقال استعدى فلان الأمير علي في ظلمه ، أي استعان به ، فأعداه الأمير أي اعانه عليه ونصره . وفي المبسوط الاشخاص إلى بابه يثبت بمجرد الدعوى لما فيه من النظر له ، وليس في التكفيل كثير ضرر بالمدعى عليه ، لأنه إن لم يكن من فعل الاختفاء لا يتضرر به ، وان كان من قصد الاختفاء يكون ظالماً فلا ينظر له .

(ويحال) على صيغة المجهول بالنصب ، عطفاً على قوله حتى يعدى عليه ، وهي من الحيلولة (بينه) أي بين المدعى عليه (وبين أشغاله ، فيصح التكفيل باحضاره) وفي بعض النسخ فتصح التكفيل (والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة « رح » وهو الصحيح) واحترز به عما روى عن أبي يوسف « رح » انه يؤخذ الكفيل إلى المجلس (ولا فرق في الظاهر) أي في ظاهر الرواية (بين الخامل) بالخاء المعجمة ، من خمل

والوجيه ، والحقير من المال والخطير ، ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ، ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة ، قال فإن فعل وإلا أمر بملازمته كي لا يذهب حقه ،

الرجل خمولاً إذا كان ساقط القدر (والوجيه) وهو الذي له وجاهته وقدره بين الناس.

وروى عن محمد « رح » إذا كان الرجل معروفاً ، والظاهر من حاله انه لا يخفى شخصه بذلك القدر من المال فانه لا يجبر على إعطاء الكفيل ، ولكنه أعطى بنفسه كفيلا مختاراً يؤخذ منه ، وإن لم يعط لا يجبره القاضي على ذلك (والخطير من المال) أي ولا فرق أيضاً بين الخطير وهو الذي له كثرة (والحقير) أي بين الحقير الذي ليس له قدر في الاتصاف بالمالية .

وعن محمد « رح » إذا كان المال حقيراً لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر ولكنه إن أعطى من غير جبر يقبل وإلا فلا ، ولو ادعى انه معسر فان القاضي يحكم فيه الذي إلا إذا كان المرء من العلماء أو من المعادية لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم ، فأما في حق الغير بحكم الذي ،وإن كان ذي الفقر كان القول قوله ،وإن كان عليه ذي الاغنياء لا يكون القول قوله ، وتحكيم الثياب والزي جائز ، قال الله تعالى ﴿ إن كان قميصه قد من قبل ... ﴾ الآيتين ٢٦ ـ ٢٧ يوسف ، فعلم أن **تحكيم** العلامة جائز .

(ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة **للتكفيل** ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعى لا بينة لي أو شهودي غيب) أي لو قال شهودي غيب ، بفتحتين على التخفيف ، وهو جمع غائبة ، مثل خدم وخادم ، ويجوز غيب بضم الغين وتشديد الباب ، وهو ايضاً جمع غائب على القياس (لا يكفل لعدم الفائدة) لان الفائدة هي الخصومة عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال ، كالغائب والهالك من وجه ، إذ ليس كل غائب يؤوب .

(قال) أي القدوري « رح » (فان فعل) أي فان أعطي الكفيل **(وإلا أمر) أي** وإن لم يعط (بملازمته) أي سار معه حيث سار (لئلا يذهب حقه) أي حق المدعي

إلا أن يكون غريباً فيلازم مقدار مجلس القاضي ، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس ، فالاستثناء منصرف اليهما ، لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضراراً به بمنعه عن السفر ،

(إلا أن يكون غريباً) إلا أن يكون المدعي عليه غريباً حال كونه على الطريق ، أي مسافراً فإذا كان كذلك (فيلازم مقدار مجلس القاضي) لان هذا القدر لا يقطعه عن المرفقة ويحصل النظر للمدعي ، فأما في إمساكه على باب القاضي يوماً أو أكثر ليحضر المدعي بينة ضرر على المطلوب ، فإذا جاء أو ان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فان القاضي يحلفه ويخلي سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء ، فان اختلف المطالب والمطلوب أنا مسافر وقال المطالب انه لا يريد السفر ففيه أقوال.

قال بعضهم القول قول المدعي لانه يتمسك بالاصل ، وهو الإقامة والسفر عارض ، وقال بعضهم فالقاضي يسأله مع من يريد السفر ، فان أخبره مع فلان فالقاضي يبعث اليه من يسأله ، هل استعد للخروج معكم ، فان قالوا نعم ، يقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس ، فان أحضر المدعي بينة في هذه المدة وإلا خلي سبيل المطلوب وإن لم يعلم من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لاجل الاستعداد ، فقلنا بأنه يجبره على اعطاء الكفيل ثلاثة ايام .

(وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس) أي إلى آخر مجلس القاضي (فالاستثناء) أي الاستثناء المذكور بقوله ـ إلا أن يكون غريباً ـ (منصرف اليهما) أي إلى الملازمة والتكفيل ، وهذا التقدير إنما يحتاج اليه على رواية القدوري « رح » لانه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضي في تقدير الملازمة ومدتها ، ولا الكفيل ومدته ، فان فعل والامر بلازمته إلا أن يكون غريباً على الطريق ، وأما هاهنا قد ذكر الملازمة مدتها ومدة التكفيل ، فلا يحتاج إلى قوله ـ والإستثناء منصرف ـ لانه ذكر محمد « رح » مدة كل واحد باستثناء واحد .

(لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) أي على مقدار مجلس القاضي (إضراراً به) أي بالغريب الذي على الطريق (بمنعه عن السفر) أي لمنع الكفيل إياه عن السفر والذهاب إلى منزله ، فيؤدى إلى الحاق الضرر به ، وان كان المدعي يتضرر بذلك لان

ولا ضرر في هـــذا المقدار ظاهراً ، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال : واليمين بالله دون غيره لقوله عليه‌السلام ، من كان منكم حالفا فيحلف بالله أو ليذر ، وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقـــد أشرك ، وقد يؤكد بذكـــر أوصافه

ضرر المسافر حقيقة وضرر المدعي موهوم ، وربمـــا يكون صادقاً في الدعوى أو كاذباً والموهوم لا يعارض المحقق (ولا ضرر في هذا المقدار) أي في مقدار مجلس القـــاضي (ظاهراً) أي حيث الظاهر ، لانه بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة .

(وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى) وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ، ويبعث أميناً حتى يدور معه أينما دار ، لكن لا يحبسه في موضع لأن ذلك حبس ، وهو غير مستحق عليـــه بنفس الدعوى ، ولا يشغله عن التصرف بل يتصرف والمدعي يدور معه ولا يمنعه من الدخول إلى أهله ، لكن المطلوب يجلس على باب داره ، وفي الفتاوى الصغرى المطلوب إذا أراد أن يدخل داره ، فأمـــا أن يأذن للمدعي بالدخول معه أو يحبس معه على باب الدار ، لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده ربما يهرب من جانب آخر فيفوت المقصود من الملازمة .

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

أي هذا فصل في بيان كيفية اليمين ، وكيفية الشيء صفته ولا ذكر نفس اليمين في أي موضع يكون وفي أي موضع لا يكون .

شرع في بيان كيفيتها لأن الصفة تتبع الموصوف (قال) أي القـــدوري « رح » (واليمين بالله دون غيره) أي غير الله تعالى (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (من كان منكم حالفاً فيحلف بالله أو ليذر) تقدم هذا الحديث في الأيمان (وقال ﷺ من حلف بغير الله فقد أشرك ـ وقد يؤكد) أي اليمين (بذكر أوصافه) أي أوصاف الله

وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله ، قل والله الذي لا إله إلا هو ، عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هـــذا المال الذي ادعاه ، وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هـــذا وله أن ينقص إلا أنه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق عليه يمين واحدة، والقاضي بالخيار ، إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول قـــل بالله أو والله ، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ،

تعالى ، هذا لفظ القدوري « رح » فقال المصنف « رح » (وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله ـ قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعـلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه ، وهو كذا وكذا ، ولا شيء منه) وإنما ذكر ـ ولا شيء منه ـ الجواز أنه قد أدى البعض ، ويذكر صفاته بدون حرفا العطف ، حتى لو قال ـ والله والرحمن الرحيم ، يكون أيماناً .

(وله أن يزيد في التغليظ على هذا) أي وللقاضي أو المحلف من جهد الزيادة في تغليظ الزيادة على هذا المذكور (وله أن ينقص منه) أي عن المذكور ، وذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عن التغليظ ، ومنهم من يتجاسر ولا يبالي (إلا أنه يحتاط)والمراد من الاحتياط مـــا ذكرنا من انه بذكر الأسمـــاء والصفات بدون حرف العطف (كي لا يتكرر عليه اليمين) لأنه ذكر الواو صارت إيماناً كما ذكرنا (لأن المستحق عليه يمين واحدة)فلا يزاد عليها .

(والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء القاضي لم يغلظ فيقول ، قل بالله ، أو قل والله ، وقيل لا يغلظ على المعروف) أي الرجل المعروف (بالصلاح ، ويغلظ على غيره) أي غير المعروف بالصلاح (وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير) والمال الخطير هو

قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا ، وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ، قـــال ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن صوريا الأعور ــ أنشدك

المال العظيم ، وفي الإقرار إذا قال لفلان علي مال عظيم يلزمه النصاب الشرعي .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتـاق) وفي الفتاوى الصغرى التحليف بالطلاق والعتاق لم يجوزه أكثر أصحابنا ، وأجـازه البعض ، وبه أفتى الإمام أبو علي بن الفضل بسمرقند ، ويفتي أنه لا يجوز وإن مست الضرورة يجوز ،فإذا بلغ المستفتي في الفتوى يفتى أن الرأي إلى القاضي إتباعاً لهؤلاء السلف ، وفي خلاصة الفتاوى ،فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه ، وفي الأصل لا يحلف بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالحج (لما روينا) أراد به الحديث المذكور .

(وقيل في زماننا إذا الح الخصم) بأن كان لحوحاً متفتناً لا يبالي باليمين بالله فحينئذ (ساغ للقاضي أن يحلف) من التحليف (بذلك) أي بالطلاق وبالعتاق (لقـلة المبالاة باليمين بالله تعـالى ، وكثرة الإمتناع بسبب الحلف بالطلاق) وفي الفصول للأستروشني لو أنكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضي، وفي المبسوط لأن الاستحلاف يعني عن الخصومة ولا خصم ولا شاهد ، وفي الفصول ولو قال المنكر الشاهد كاذب وأراد تحليف المدعي ما يعلم أنه كاذب لا يحلفه .

(قال) أي القدوري «رح» (ويستحلف اليهودى بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني) أى يحلف النصراني (بالله الذي أنزل الإنجيل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (لابن صوريا الأعور ـ أنشدك

بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام أن حكم الزنا في كتابكم هذا ــ ولأن اليهودي يعتقد بنبوة موسى عليه السلام ، والنصراني بنبوة عيسى عليه السلام .

بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام أن حكم الزنا في كتابكم هذا) هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود عن عبدالله بن مرة ، عن البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه قال: مر على النبي ﷺ يهودي محمم فدعاهم فقال هكذا أتجدون حد الزنا في كتابكم، فقالوا نعم ، فدعا رجلاً فقال له أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم ، فقال اللهم لا ، فلولا انك نشدتني بهذا لم احدثك بحد الزنا في كتابنا الرجم ، ولكنه كثر في أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه، وإن أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا تعالى فيمتنع على شيء الشريف والضعيف فاجتمعنا على التحميم والرجم، وتركنا الرجم، فقال رسول الله ﷺ اللهم إني أول من أمضى أمرك أفأماتوه فأمر به فرجم .

قاله الشارح ، وهذا الرجل هو عبدالله بن صوريا ، وكان أعلم من بقى منهم بالتوراة وقد صرح باسمه في سنن أبي داوود .

وعن سعد عن قتادة ، عن عكرمة رضى الله عنهم أن النبي ﷺ قال له : يعني لأبن صوريا . الحديث ، وهذا مرسل ، وقال الاترازي « رح » روى في السنن مسنداًإلى البراء ابن عازب ، ثم ذكر الحديث ، وليس كذلك ، بل الحديث فيصحيحمسلم كما ذكرناه وإذا أراد بالسنن سنن أبي داود فليس بصحيح ، لأنه في سنن أبي داود معلقاً ، إن أراد غيره فما روي إلا عن جابر رضي الله عنه ، وأبي هريرة رضي الله عنه .

وصوريا بضم الصاد المهملة ، وكسر الراء بالقصر ، وهو اسم أعجمي ، وهو والد عبدالله كما ذكرنا قوله ــ أنشدك ــ من نشد ينشد ، من باب نصر ، وفي المغرب، نشد الضالة طلبها ، ومنه قولهم في الاستعطاف ، نشدتك وناشدتك الله وبالله أي سألتك بالله وطلبت اليك بحقه .

(ولأن اليهودي يمتقد بنبوة موسى ، والنصراني بنبوة عيسى عليهما السلام) أي

فيغلظ على كل واحد منها بذكر المنزل على نبيه ، ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار ، وهكذا ذكر محمد « رح » في الأصل ويروى عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يستحلف أحـــداً إلا بالله خالصاً ، وذكر الخصاف « رح » أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله ، وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله ، لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين ، لأن كتب الله معظمة ، والوثني لا يحلف إلا بالله ، لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون بالله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ ولئن

يعتقد نبوة عيسى عليه السلام (فيؤكد [1] على كل و حد منهما) أي من اليهود والنصارى (بذكر المنزل) بفتح الزاء (على نبيه عليه السلام، ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار) لأنه يعتقد الحرمة في النار فيمتنع من اليمين الكاذبة ، فيحصل المقصود .

(وهكذا ذكر محمد « رح » في الأصل) أي في المبسوط ، وكأنه وقع عند محمد«رح» أن المجوس من يعظمون النار تعظيم العباد ، فالمقصود من اليمين ، وهي المنكول ، قال يذكر ذلك في اليمين وبه قال الشافعي « رح » في وجـــه ، وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله (ويروى عن أبي حنيفة « رح ») أي أن القاضي (لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً) يعني لما يذكر غير اسم الله تعالى وصفاته، لا في حق المسلمين ولا في حق الكفار .

(وذكر الخصاف « رح » أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله تعالى، وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها) أي تعظيم النار (وما ينبغي أن تعظم) أي النار (بخلاف الكتابين) يعني التوراة والانجيل (لأن كتب الله تعالى معظمة) لأن الكتب الأربعة كلام الله عز وجـــل ، وتعظيمها واجب (والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون بالله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ولئن

---

(١) فيغلظ ـ هامش.

سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله ﴾ ٢٥ ـ لقمان ،
قـــال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها ،
بـل هو ممنوع عن ذلك ، قـال ولا يجب تغليظ اليمـــين على
المسلم بزمان ولا مكان

سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله ﴾ ٢٥ ، لقمان) فإن قلت لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الاوثان والأصنام ، قلت إنما يعبدونها تقرباً إلى الله تعالى على زعمهم ، الا ترى إلى قوله تعـالى ﴿ ما نعبدهم إلا ليقربونا الى الله زلفى ﴾ ٣ ، الزمر ، فإذا ثبت أنهم يعتقدون بالله تعالى يمتنعون عن الإقدام على اليمين الكاذبة بالله عز وجـــل فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول .

وفي شرح الأقطع ، وأما الصابئة فإن كانوا يؤمنون بادريس عليـه السلام استحلفوا بالله الذي أنزل الصحف على إدريس عليه السلام وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب ، والوثني نسبته إلى عبادة الوثن وهو ما له خبـــة من خشب أو حجر ، أو فضة ، أو جوهر ينحت ، والجمع اوثان ، وكانت العرب تنصبها وتعبدها ، والصبئة جنس من الكفار ، قاله الجوهري ، من صبا إذا خرج من دين إلى دين آخر .

(قال) أي القدوري « رح» (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم ،لأن القاضي لايحضرها بل هو ممنوع من [1] ذلك) أي عنـــد الحضور في بيوت عبادتهم ، لأن في تعظيم ذلك المكان ، ففي أي مكان حلفهم جـاز ، وفي الاجناس قال في المأخوذ للحسن ، وإن سئل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيته ، أو كنيته فيحلف هناك فلا بأس أن يحلفـــه إذا اتهمه ، وعند أبي خطاب الحنبلي « رح » إن كان لهم مواضع يعظمونها ، ويتوفون أن يحلفوا كذباً حلفوا فيها ، وبه قال مالك « رح » في رواية .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) أما التغليظ بالزمان ففي يوم الجمعة بعد العصر ، وأما التغليظ بالمكان فبين الركن والمقام إن كان بمكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان بالمدينة ، وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس وفي سائر الجوامع في سائر البلاد .

---

(١) عن ـ هامش .

لأن المقصود تعظيم المقسم به ، وهذا حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك خرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ،

وبقولنا قال أحمد « رح » وقال الشافعي « رح » فيما يستحب التغليظ بمكان وزمان وفي قول يجب التغليظ بها ، وبه قال مالك « رح » في دعوى دم ، ونكاح وطلاق ورجعه وإيلاء ، ولعان وعتق ، وحد ووكالة ، وولاء ، وجناية ، وكل ما ليس بمال والمقصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع ، وعيوب النساء ، ومـال كثر ، وهو النصاب من الذهب عشرون مثقالاً ، ومن الفضة مائتا درهم ، وفيما دون ذلك لا يغلظ في كل قليل وكثير ، ومن به مرض أو زمانة لا يغلظ عليه بالمكان ، وكذا الحائض ، والمخدرة على وجه لا يجب عليها حضور مجلس القاضي ، ويحلف الحائض والمخدرة على باب الجامع ، وفي كتاب التفريع المالكية ، ويحلف الناس في المساجد ، ولا يحلف عند منبر من المنابر ، إلا عند منبر النبي ﷺ ، ولا يحلف عنده إلا على ربع دينار فصاعداً ، ويحلف على أقل من ذلك في سائر المساجد ، وإذا وجبت يمين على امرأة حلفت في المسجد ليلاً إن كانت ممن لا تخرج نهاراً .

وفي المستوعب الحنابلة والتغليظ بالزمان بعد صلاة العصر ، أو بين الأذان والإقامة ، ولا تغلظ اليمين إلا فيما له حطم ، مثل الجنايات والحدود والعتاق والطلاق ونحو ذلك وفي المال الذي تجب فيه الزكاة وقيل فيما تقطع فيه يد السارق (لأن المقصود) يعني من اليمين (تعظيم المقسم به) أي تعظيم المقسم به (وذلك [1] حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك) أي بدون تعيين الزمان والمكان (خرج على القاضي حيث يكلف حضورها) أي حضور بقعة معينة من المكان ، أو ساعة معينة من الزمان (وهو) أي الخروج (مدفوع) شرعاً ، فإن قلت استدل الخصم بما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : من حلف عند منبري هذا بيمين كاذبة تبوأ مقعداً من النار ، وبما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت ، فقال على دم ، فقالوا لا ، قال أفعظيم من المال ، قالوا لا ، قال خشية أن يتهاون الناس بهذا البيت .

---

(١) وهو ــ هامش .

قال ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحده استحلف بالله ما بينكما بيـع قائم فيه ، ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه من يباع العين ثم يقال فيه ، ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ، ولا يحلف بالله مـا غصبت ، لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيـع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال ، لأنه قد يطرؤ عليه الخلع ، وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ، ولا يستحلف بالله ما طلقها ، لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل

الجواب أن هذا الحديث ليس حديثاً صحيحاً ، وهذا ينافي إطلاق قوله ﷺ البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، والتخصيص بالزمان والمـــكان زيادة عليه بأخبار غريبة لا يعلم صحتها فلا يجوز .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن أدعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحده) أي أنكره (استحلف بالله ما بينكما بيع قائم في الحال [1] ، ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه) لأنه إذا حلف على البيـع يضطر إلى اليمين الكاذبة ، أو إلى تسليم العبد إلى مالكه بالإقالة وكل ذلك ضرر ، هذا هو اليمين على الحاصل على ما يأتي إن شاء الله تعالى (وفي الغصب) أي وفي دعوى الغصب إذا أنكر (يستحلف بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيـع وفي النكاح) على امرأته انه تزوجها فأنكرت هي أو بالعكس (بالله) أي يحلف بالله (مـا بينكما نكاح قائم في الحال لأنه قد يطرؤ عليه) أي على النكاح (الخلع) بأن خالعها بعد النكاح .

(وفي دعوى الطلاق) أي يحلفه في دعوى الطلاق بأن ادعت على رجل أنه طلقهـــا ثلاثاً وهو ينكر (بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت) وفي بعض النسخ كما ذكرت (ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل) أي

---

(١) فيه ـ هامش .

في هـــذه الوجوه ، لأنـه لو حلف على السبب يتضرر المـدعى عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ،أما على قول أبي يوسف يحلف في جميـع ذلك على السبب إلا إذا عرض المدعى عليه بما مـا ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل ،

على ثبوت الحكم في الحال (في هذه الوجوه) أى الوجوه المذكورة ، وهي دعوى ابتياع **العبد والغصب والنكاح والطلاق (لأنه) أي لأن المدعي يتوجه اليمين في هذه الصور (لو حلف** على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا) أي الحلف على الحاصل في الوجوه المذكورة (قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، أمـــا على قول أبي يوسف « رح » يحلف في جميع ذلك على السبب) لأن اليمين يستوفي حق المدعي فوجب أن تكون مطابقة لدعواه والمدعي يدعي السبب والضابط في الحلف على الحاصل وعلى السبب أن السبب أما هو كان ما يرتفع برافع أولاً فإن كان الثاني والمتحلف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول بأن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وإن لم يتضرر ويحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على السبب عند أبي يوسف « رح » .

(إلا إذا عرض) أي المدعي عليه (ما ذكرنا) يعني من قوله بل يبتاع العين ثم يقال فيه وفي الغصب قد يصح بالهبة وفي النكاح ، وقد يطوى عليه الخلع ، وفي الطلاق قـد يتجددا بعد الإبانة ، ومراده من التعريض هذه الأشياء بأن يقول المدعى عليه أيها القاضي الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيـــه وكذلك بقية الصور (فحينئذ يحلف) أي يحلف القاضي (على الحاصل) وقال تاج الشريعة « رح » خلاف التصريح ، والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض تضمين الكلام دلالة ليس فيه ذكر كقولك ، ما أقبح البخل ، تعرض بأنه بخيل ، والكناية ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد ، كثير رماد القدر ، يعني طويل القامة ومضياف .

ثم قال ويريد به هاهنا **المدعى عليه عند عرض اليمين عليه** على السبب يعرض **بشيء يعرفه** القاضي فيحلفه على الحاصل كما إذا ادعى رجل أنه اشترى من هذا هذه الصيغة التي حدها

وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل ، فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العده والزوج ممن لا يراها ،

كذا و انكر المدعي عليه وأراد استخلافه يحلف على الحاصل بالله ما بينكما بيع قائم الساعة ، وقال أبو يوسف « رح » يحلف على السبب بالله ما بعت هذه الصيغة بهذا الثمن الذي يدعى إلا أن يعرض المدعى عليه للقاضي فيقول بيع الرجل بالشيء ، ثم يرجع اليه بإقالة أو بوجه من الوجوه ، ولا يمكنني أن أقر بالبيع ثم ادعى الفتح فحينئذ يحلف على الحاصل .

(وقيل) قائله شمس الأئمة الحلواني « رح » (ينظر إلى انكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه) أي على السبب (وإن أنكر الحكم) بأن قال ليس له علي هذا المال فإن قال ما غصبت ولا استقرضت الذي يدعى ولا شيئاً فيه (يحلف على الحاصل) وقال في الذخيرة هو الأحسن ، وعليه عمل أكثر القضاة ، وقال فخر الإسلام « رح » يفوض إلى رأى القاضي ويقول الحلواني « رح » قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه ، وفي وجه كقول أبي يوسف « رح » (فالحاصل) أي التحليف على الحاصل (هو الأصل عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله ، وهو أن يقول بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه (إذا كان سبباً يرتفع برافع) كالبيع يقال فيه ، والغصب يفسخ بالهبه والنكاح يفسخ بالخلع والطلاق يتجدد فيه بعد الإبانة .

(الا إذا كان فيه) أي في التحليف على الحاصل (ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع) وأوضح ذلك بقوله (وذلك) أي ترك النظر (مثل أن تدعى بمثبوته) أي امرأه مبانة تدعى على زوجها (نفقة) أي نفقة العدة (والزوج ممن لا يراها) أي من لا يرى نفقة المثبوتة بأن كان شافعي المذهب فانه لا يحلف على الحاصل

أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها ، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وإن كان سبباً لا يرتفع برافع ، فالتحليف على السبب بالإجماع ، كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه ، بخلاف الأمة والعبد الكافر ، لأنه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه نقض العهد واللحاق ،

لأن الزوج يكون صادقاً في اعتقاده ، لأنه لا نفقة لها ، فلا يمنع عن اليمين ، ويكون فيه ترك النظر بل يحلف على السبب لئلا يكون ترك النظر (إذا ادعى شفعه بالجوار والمشتري ممن لا يراها) إن كان شافعياً (لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى إذا كان (١) سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع) كذلك يحلف على السبب بأن قيل في التحليف على السبب ضرر بالمنكر أيضاً بجواز انه اشترى ولا شفعة بأن سلم أو سكت عن المطلب ، قلنا القاضي لا يجد بداً من الحاق الضرر بأحدهما فكان مراعاة جانب المدعي أولى لأن السبب الموجب للحق هو الشراء وإذا ثبت ثبت له الحق ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة ، وإن كان ثم أوضح ذلك بقوله (كالعبد المسلم إذا أدعى العتق على مولاه) فإنه يحلف بقوله والله ما أعتقت لأن السبب لا ينكرهنا .

(بخلاف الامة) إذا ادعت على مولاها أنه أعتقها فانه لا يحلف بالله ما أعتقها ، لأنه لا يجوز أن يعتقها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ، ثم سبيت ولكن يحلف بالله ما أعتقها في الرق القائم في الحال في ملكه هذا (والعبد الكافر) أي وبخلاف العبد الكافر فإنه لا يحلف بالله ما أعتقه لأنه تكرر العتق يحلف فيه بأن نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي ويحلف بالله ما اعتقه في الرق القائم في الحال في ملكه .

(لأنه) أي لأن الشأن انه (يتكرر الرق عليها) أي على الأمة (بالردة واللحاق) بدار الحرب كما قلنا (وعليه ينقض العهد واللحاق) أي يتكرر الرق على العبد ينقض

---

(١) أن كان ـ هامش .

ولا يكرور على العبد المسلم . قال ومن ورث عبـــداً وادعاه آخر يستحلف على علمه . لأنـه لا علـم له بما صنع المورث فـلا يحلف على الثبات ،

عن كونه ذهب ولحق بدار الحرب (ولا يكرور) أي الرق (على العبد المسلم) لأنه بعد الحرية لا يستحق رقبة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن ورث عبداً وادعاه آخر استحلف على علمه) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو الثبات ، وصورة المسألة في الجامع لمحمد « رح » عن يعقوب عن أبي حنيفة رضى الله عنهم في الرجـــل يرث العبد ، فيجيء رجل فيزعم أنه له ، ولا بينة له على أي شيء يستحلف ، قال على علمه (أنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على الثبات) وقال شريح وابن أبي ليلى يحلف على الثبات ، وبقولنا قال ابراهيم النخعي والحسن والشعبي رحمهم الله ، والحلف بالعلم أن يحلف بالله ما يعلم أن هذا الشيء الذي في يدك لهذا المدعي والحلف بالثبات أي بالقطع على عـدم الاستحقاق ، والأصل في ذلك أن من ادعى عليه فعل من جهة أو ادعى عليه حتى في شيء استفاده بفعله فإن اليمين إذا وجهت في ذلك كانت على الثبات ، وكل من ادعى عليه فعل غيره أو حق في شيء ملكه بغير فعله فاليمين في ذلك على العلم ، وكلاهما مشروع ، وقال الحلواني هذا أصل مستقيم أي التحليف على فعل الغير في المســـائل إلا في الرديء بالعيب فإن المشتري ادعى أن العبـــد سارق أو آبق ، وأثبت اباقته وسرقته في يد نفسه ، أو ادعى أنه سرق أو أبق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على الثبات مـــع أنهما فعل الغير لما أن البائع ضمن بتسليم المبيع تسليماً عن العيب ، فالتحليف يرجع إلى مـــا ضمن بنفسه فيكون على الثبات .

وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الحالف لا علم لي بذلك ، أما لو قال لي علم بذلك يحلف على الثبات ، ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة مني فإنه يحلف المودع على الثبات و كذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر

وإن وهب له أو اشتراه يحلف على الثبات لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبباً لثبوت الملك وصفاً وكذا الهبة ، قال ومن ادعى على الآخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه

البائع أن الموكل قبض الثمن ، وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه ، ويحلف على الثبات وهذا تحليف على فعل الغير ، ولكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك بأن قال قبض الوكيل الثمن فكان علم بذلك فيحلف على الثبات ، كذا في الفصول وأجيب عليه بأن هذا تحليف على فعل نفسه ، وهو التسليم والرد من حيث المعنى .

(وإن وهب له أو اشتراه يحلف على الثبات) وهذا من قيمة مسألة الجامع أي وإن وهب لرجل عبداً وقبضه أو اشترى به وجاء رجل يزعم أنه له فإنه يستحلف البينة **(لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبباً لثبوت الملك وصفاً وكذلك الهبة) فإن قيل الإرث** كذلك أجيب بأن معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب إختياري فباشره بنفسه فيعلم ما صنع .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن ادعى على الآخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منه) أي من يمينه (على عشرة دراهم فهو جائز وهو) أي افتدى اليمين (مأثور عن عثمان رضى الله عنه) قال الأترازي « رح » روى اصحابنا في شرح الجامع الصغير عن عثمان رضى الله عنه أنه دفع المال ولم **يحلف** ، قلت قال البيهقي فى كتاب المعرفة ، في كتاب أدب القاضي ، قال الشافعي « رح » بلغني أن عثمان بن عفان رضى الله عنه ردت عليه اليمين فافتداها بمال ثم قال أخاف أن يوافق قدري فيقال هذا يمينه .

وفي كتاب المخرج لأبي الوليد « رح » بإسناد صحيح عن الشعبي وفيه إرسال أن رجلا استقرض من عثمان بن عفان رضى الله عنه سبعة آلاف درهم ، فلما تقاضاه قال له إنما هي أربعة آلاف فخاصمه إلى عمر رضي الله عنه ، فقال تحلف أنها سبعة آلاف ، فقال عمر

وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً ، لأنه أسقط حقه .

رضى الله عنه انصتحك [1] فأبى عثمان رضى الله عنه أن يحلف، فقال له عمر خذهاأعطاك وقال الكاكي « رح » إختلفت روايات الكتب أن عثمان رضى الله عنه كان مدعى عليه من ذلك المال ادعيا في الفوائد الظهيرية كان مدعى عليه فافتدى يمينه فقال ، أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه .

وفي المبسوط ذكر أنه كان مدعياً ، فادعى مالاً للمقداد ، قلت الاول هو الصحيح (وليس له) أي للمدعي (أن يستحلفه) أي المدعى عليه (على تلك اليمين أبداً لأنه سقط حقه) أي بالصلح والإفتداء .

★ ★ ★

---

(١) هكذا وردت في الأصل .

باب التحالف

قال إذا اختلف المتبايعان في البيـع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه ، أو اعترف البائـــع بقدر من المبيـع وادعى المشترى أكثر منه وأقام أحدهما البينة قضى له بهـــا ، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى ، والبينة أقوى منها ، وإن أقام كل واحد منهما بينـة كانت البينة المثبتـة للزيادة أولى ، لأن البينات للإثبـات ولا تعارض في الزيادة

(باب التحالف)

أي هذا باب في بيان التحالف بين الاثنين ولما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيـــان اليمين [1] بين الاثنين ، والاثنان بعد الواحد في الوجود .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بأن قال كـــر من الحنطـة (وادعى المشترى أكثر منه) بأن قال كران (وأقام أحدهما البينة قضى له بهـــا) أي بالبينة (لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها) لأنها توجب الحكم على القاضي والدعوى لا توجبه (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لأن البينة للاثبات ولا تعارض في الزيادة) لأن البينة المثبتة للأول للأقـــل لا تتعرض للزيادة فكانت بالبينة المثبتة للزيادة سألت عن المعارض .

---

(١) غير موجودة في الأصل وأضيفت لإكمال المعنى ، أ هـ مصححه .

ولو كان الإختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشترى أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات، وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة ، قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع وقيل للبائع إما إن تسلم ما ادعاه المشترى من البيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ، فإذا علما به يتراضيان ، فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدعى زيادة الثمن ، والمشترى ينكرها ، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل

(ولو كان الاختلاف في الثمن والبيع جميعاً فبينة البائع اولى في الثمن ، وبينة المشترى اولى في المبيع نظراً إلى زياده الإثبات) بأن قال البائع بعتك هذه الجارية واحدها بمائة دينار وقال المشتري بعني مع هذا الوصف بخمسين ديناراً وأقام البينة ، وقيل هذا قول أبي حنيفة « رح »**آخـراً وكان**يقول اولا وهو قول زفر « رح » يقضى بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين (وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع، وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من البيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهـذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ **فإذاعلما به يتراضيان)** من المشتري وإلا فسخنا المبيع جميعاً للمشترى بمائة دينار ، فإذا علم به ، أي بالفسخ يتراضيان ، أي ما ادعي كل واحد منهما .

(فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض) أي قبل قبض المشتري السلعة (على وفاق القياس لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها ، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل

واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشترى لا يدعي شيئاً، لأن المبيع سلم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام إذ اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ، قال ويبتدىء بيمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله أخذاً ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح ،

واحد منهما منكر) لأن المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه أي قطع المنازعة لانها ربما تراضيا فانفسخ ، واليمين على من أنكر بالحديث المشهور (فيحلف) أي فاما تحالف البائع والمشتري (فإما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو) أي قول النبي ﷺ .

(قوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) بهذا الحديث روي عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه من طرق ، وقال المنذري « رح » روى هذا الحديث من طرق عن عبدالله بن مسعود « رح » وكلها لا تثبت وقد وقع في بعضها إذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه ، وفي لفظ والسلعة قائمة وهو لا يصح فإنه من رواية ابن أبي ليلى«رح»وفي بعض طرقه انقطاع ، وفيه عبد الرحمن بن قيس «رح»وهو مجهول الحال ، وفي بعض الطرق عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود وهو لم يسمع من أبيه، وقيل إنه من قول بعض الرواة والعجب من بعض شراح الهداية أنه يقول هذا الحديث صحيح مشهور .

(قال) أي القدوري « رح » (ويبتدىء) أي القاضي (بيمين المشترى وهذا قول محمد وأبي يوسف رحمها الله أخذاً ورواية عن أبي حنيفة « رح » وهو الصحيح) احترز به عن قول أبي يوسف « رح » الأول ورواية عن أبي حنيفة « رح » أنه يبتدأ بيمين البائع وقال الكاكي « رح » وصححه ، قال زفر والشافعي « رح » وقال الأترازي عن زفر

لأن المشتري أشدهما انكاراً ، لأنه يطالب أولاً بالثمن ، أو لأنه يتعجل فائدة النكول . وهو إلزام الثمن ولو بـــدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن، وكان أبو يوسف « رح » يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ،

يبدأ بيمين البائع ، كذا في التقريب ، وقال أصحاب الشافعي في المسألة ثلاثة أقوال ، إحداها يبدأ بيمين البائع ، والثاني يبدأ بيمين المشتري ، والثالث الحكم بالخيار ، ومنهم من قال يبدأ بيمين البائع بكل حال ، كذا في شرح الأقطع .

وقال القدوري في شرح كتاب الإستحلاف وهو أن المشتري إن كان ابتدأ بالخصومة وادعى على البائع ابتداء الخصومة وادعى على المشتري ابتدأ بيمين المشتري (لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنـــه يطالـب اولا بالثمن) فيكون بادئاً بالإنكار ، والبادىء أظلم (أو لأنه يتعجل فائدة النكول) واليمين شرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف فيما لا يستوفي في النكول .

(وهو) أي التعجيل بفائدة النكول (إلزام الثمن) والبائـــع يتأخر فائدة ، لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن ، وهو معنى قوله (ولو بدأ) أي القــاضي (بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن) لأنه يقــال أمسك المبيع حتى يستوفى الثمن ، فكل تقديم ما تعجل فائدته بالنكول أولاً (وكان أبويوسف « رح » يقول أولا يبتدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ .

(إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع) هذا الحديث رواه أبو داود عن الأعمش عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد عن أبيه عن جده أن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه باع إلى اشعب بن قيس رقيقــاً من رقيق الخمس بعشرين الف درهم ، فأرسل عبدالله اليه ثمنهم فقال إنما أخذتم بعشرة آلات ، فقال عبدالله إن شئت حـدثتك بحديث سمعته من رسول الله ﷺ يقول إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول قول رب السلعة يتساويان

خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم وإن كان بيـــع عين بعين ، وثمن بثمن ، بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما ، وصفـــة اليمين أن يحلف البائـــع بالله ما باعه بألف ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ، قال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف ، ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ، ولقد اشتراه بألف ، بضم الإثبات إلى النفي تأكيداً ،

ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد ، ولم يخرجاه ، وقال ابن القطان وفيـــه انقطاع بين محمد بن الاشعث وابن مسعود ، رضي الله عنه ، ومع الإنقطاع عن عبد الرحمن ابن الاشعث مجهول .

وأخرجه الترمذي رضي الله عنه عن عون بن عبدالله بن عيينه ، عن ابن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ، والمبتاع يختار وقال حديث مرسل ، فإن عون بن عبدالله لم يدرك ابن مسعود .

وجه الاستدلال أنه عليه السلام (خصه بالذكر) أي خص البائع بالمذكور حيث جعل القول قول البائع (وأقل فائدته التقديم) أي أقل أقوال بهذا التخصيص أن يفيد التقديم ، وأجاب الأقطع بأنه إنما خص البائع بالذكر لأن بينة المشترى معلومة لا يشكل ، لقوله عليه السلام واليمين على من أنكر ، وقد مضى فسكت عليه السلام عما تقدم بيانه ، وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه .

(وإن كان بيع عين بعين) وهو المقايضة (أو ثمناً بثمن) وهو الصرف (بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما) أي في فائدة النكول وبه قال الشافعي رحمه الله في كل البيوع فوجهه ، وإنما ذكر المصنف « رح » هذا تفريعاً على مسألة القدوري .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ، قال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف ، ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف، بضم الإثبات إلى النفي

والأصح الإقتصار على النفي ، لأن الايمان على ذلك وضعت ، دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً ، قال فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا يتفسخ بنفس التحالف .

تأكيداً) بيانه أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ربما يحلف ويكون باراً في يمينه ، فلقد اشتراه بألف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة ، وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف ويكون صادقاً لجواز انه باعه بألف درهم فيبطل حق المشتري (والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت) أي على النفي وضعت على الإثبات كالبينات وضعت على الإثبات .

(دل عليه) أي انه وضعت على النفي (حديث القسامة بالله ماقتلتم ولا علمتم له قاتلاً) وسيأتي أحديث القسامة في بابه إن شاء الله تعالى .

(قال) أي القدوري (فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) هذا كلام القدوري [١] وقال المصنف « رح » (بذا يدل على أنه) أي أن المبيع (لا ينفسخ بنفس التحالف) ما لم يفسخ القاضي، وبه صرح في كتاب الاستحلاف لأبي حازم القاضي حيث قال إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع، ولم ينفسخ بالتحالف،وقال الإمام الأسبيجابي في شرح الطحاوي،فإن حلف القياس ، ان يلتزم البيع للمشتري بما قال ، وفي الاستحسان يترادان ولا ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما حتى أن أحدهما لو أراد أن يلتزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك ، وقال بعضهم بنفس التحالف ينفسخ والأول أصح انتهى .

وقال الإمام الناصحي « رح » في تهذيب أدب القاضي وإن حلفا لا ينقض القاضي المبيع بينهما حتى يطلبا ذلك أو يطلب أحدهما لأن الفسخ حق لهما بدليل قوله عليه السلام إنه قال : تحالفا وترادا .

---

(١) لم يفسخ القاضي — هامش .

لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الأخر فلزم القول بثبوته قال وإن إختلفا في الاجل أو في شرط الخيار أو في إستيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلافاً في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء وهذا لأن بانعدامه

(لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منها فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة) بينهما (أو يقال إذا لم يثبت البدل) للتعارض (يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد) والاختلاف في البدل يوجب الاختلاف في العقد لأن كل واحد منها ادعى عقداً غير الذي أدعاه الأخر فكان البيع مجهولاً لجهالة البدل (قال) أي القدوري « رح » (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) وقال المصنف « رح » (لأنه جعل باذلاً) فيصح البدل في الأعراض (فلم تبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) لعدم المعارض .

(قال) أي القدوري « رح »(وان إختلفا في الأجل) أى في أصله أو قدره (أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن) وكذا لو اختلفا كل الثمن (فلا تحالف بينهما) عندنا ، وبه قال أحمد وقال زفر والشافعي ومالك « رح » تحالف ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالاجماع (لأن هذا) أي الاختلاف في الاصل أو شرط الخيار استيفاء بعض الثمن (اختلافاً في غير المعقود عليه) وهو البيع (والمعقود به) وهو الثمن (فأشبه الاختلاف في الحط) أى في الحط من الثمن (والابراء) أي من الثمن ، وفيهما لا يجب التحالف فكذا .

(وهذا) إشارة إلى قوله واختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به (لأن بانعدامه)

لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الإختلاف في وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشروط

أي بانعدام الأجل (لا يختل ما به قوام العقد) لأن الأجل وشرط الخيار أمر زائد في العقد لأن العقد يصح بدونها ولهذا لو اختلفا في الثمن فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف درهم والاخر بالدنانير لا يقبل ، ولو اختلفا في الاجل فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف إلى شهر والاخر بالبيع بالف يقبل ويقضى بالبيع بألف حالة ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام والاخر شهد أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة (بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) أي في جودته ورداءته (أو جنسه) وهو كون الثمن دراهم أو دنانير (بحيث [1] يكون بمنزلة الاختلاف في القدر) أي في قدر الثمن (في جريان التحالف) أي في وجوبه (لان ذلك) أي الاختلاف في الوصف والجنس (يرجع إلى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف) بأنه جيد أو رديء أو وسط .

(ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط وأوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه) أي بعد مضي الاجل فلا يسقط بسقوط الاجل .

(قال) أي القدوري « رح » (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه) لانها إذا لم يتحالفا يكون القول قول المنكر لان ذلك أمر عارض والقول قول المنكر في العوارض وهو معنى قوله (لانها) أي لان الاجل والخيار (يثبتان بعارض الشرط) يعني

---

(١) حيث ـ هامش .

والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» والقول قول المشتري وقال محمد «رح» يتحالفان وينفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي . وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بعيب لهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره

بشرط عارض على أصل العقد (والقول لمنكر العوارض) وهذا ظاهر الرواية .

وعن أبي حنيفة « رح » أن القول قول من يدعي الخيار كذا في التحليف لانه ينكر له عن ملكه أو وجوب الثمن عليه (قال) أي القدوري « رح » (فان هلك المبيع) بعد قبض المشتري (ثم اختلفا) يعني في مقدار الثمن (لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » والقول قول المشترى) مع يمينه ، وبه قال مالك « رح » في رواية وأحمد « رح » في رواية .

(وقال محمد « رح » يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) يعنى بعد التحالف يترادان العقد بالقيمة (وهو قول الشافعي « رح » وقول مالك « رح »)في رواية وقول أحمد « رح » في رواية .

ولمالك أربع روايات ، إذا اختلفا في مقدار الثمن إثنان ما ذكرنا، والثالثة يتحالفان قبل قبض المشتري السلعة والرابعة يتحالفان بعد القبض ما لم يبرهنا .

(وعلى هذا) أي وعلى هـذا الخلاف (إذا خرج المبيع عن ملكه) أى عن ملك المشترى بالبيع أو بالهبة (أو صار) أى المبيع (بحال لا يقدر) أى المشتري (على رده بالعيب [1]) أى بحدوث المعيب فيه في يده (لهما) أى لمحمد والشافعي « رح » (أن كل واحد منهما) أى من المتعاقدين (يدعي على غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره) لأن كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه فان البائع يدعي عقداً ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً ينكره البائع .

---

(١) بعيب ـ هامش .

وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا في جنس الثمن بعـــد هلاك السلعة ولابي حنيفة وأبي يوسف « رح » أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنـــه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يقضي إلى الفسخ

(وأنه) أي وأن التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) عن المشترى لو نكل البائع فلا يدفع المشترى زيادة على ما اعترف به المشتراة ، حينئذ فما فائدة تحليف البـــائع قلنا لم يحصل فيكون مفيداً ، وقال الكاكي « رح » هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف عندك ، فان فائدته التراد وامتنع التراد بالهلاك .

فقال بل فيه فائدة وقع الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري ، فإن قيل هذا يحصل بتحليف المشتراة ، حينئذ فما فائدة تحلف البائع قلنا لم يحصل المشتري ، فان المشتري إذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع ، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري مـــا ادعاه البائع، فإذا كان كذلك (فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعـــد هلاك السلعة) بأن ادعى احدهما الدنانير والآخر الدراهم بعد هلاك المبيـع يتحالفـــان ويلزم المشتري رد القيمة .

(ولأبي يوسف وأبي حنيفة « رح » أن التحالف بعد القبض) أي بعد قبض السلعة (على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه) ولا يدعي على البائـع شيئاً ينكره لأن المبيع مملوك له سلم اليه باتفاقهما (وقد ورد الشرع به) أي بالتحالف (في حال قيام السلعة) **فلا يتمدى إلى حال هلاك السلعة ، لأن حال هلاكها ليس كحال قيامها لأن عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد منهما ، فإنه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه،وبعد الهلاك لم يحصل ذلك إذ العقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة وبالرد بالعيب بعد الهلاك فكذا بالتحالف .**

(والتحالف فيه) أي في حال قيام السلعة (يقضي إلى الفسخ) وهـــذا جواب عما يقال ان لم يتعــد إلى غيره يلحق به بالدلالة ، فاجاب بقوله والتحالف فيـــه يقضي إلى

ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانـــه لا يبـالي بالأختلاف في السبب بعد حصول المقصود وإنما يراعي من الفائدة مـا يوجبه العقـد وفائدة دفـع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا

الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما كما ذكرنا الآن (ولا كذلك بعد هلاكها) أي بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) بالهلاك (فلم يكن في معناه) فبطل الالحاق بالدلالة (ولأنه لا يبالي) هذا جواب عن قولهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة ، أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيـه لأنه لا يبالي (باختلاف في السبب بعد حصول المقصود)وهوسلامة المبيع للمشتري حيث سلم لهوهلك على ملكه ، وليس يدعي على البائع شيئاً ينكره ليجب عليه اليمين .

قال الأكمل رحمه الله ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعاً وهبة فإن في كل منهما المقصود وحاصل التحالف موجود لاختـــلاف السبب ، وأجيب عن الأول ثبوته بالنص على خلاف القياس وعلى الثاني ما بأنه على الاختلاف ، والمذكور في بعض الكتب قول محمد « رح » (وإنما يراعى) جواباً عن قولهما وأنه يفيد دفـــع زيادة الثمن تقديره المراعاة (من الفائدة) التي يثبت من (ما يوجبه العقد) .

والفائدة التي قال أليست من موجبات العقد ، والمراد من موجبات العقد ما لا يكون للعقد وجود بدونه ، والذي ذكراه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجباته ، وهو ملك المبيع وقبضه ، وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حـــال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب أنه يثبت بالنص على خلاف القياس .

(وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته)من تتمة الجواب العقد لأن العقد لا يحتاج لأن فائدة دفع زيادة الثمن من موجبات نكول البائع (وهذا) أي هذا الاختلاف (إذا

كان الثمن ديناً فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل قال وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة « رح » إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك

كان الثمن ديناً) ثابتاً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والموصوفة الثابتة في الذمة (فإن كان عيناً) فان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين (يتحالفان لأن المبيع أحد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ) أي الرد (ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته) أى أو يرد قيمته (إن لم يكن له مثل) كالحيوان فيما إذا تبايعا حيواناً بحيوان .

(قال) أي القدوري « رح » (وإن هلك أحد العبدين) يعني باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما (ثم اختلفا في الثمن) فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري اشتريتها منك بألف درهم (لم يتحالفا عند أبي حنيفة « رح » إلا أن يرضى البائع أن يترك **حصة الهالك**) والهلاك على نوعين ، هلاك العبد والطعام إذا أكله والثوب إذا احترق وذلك مما يوجب الفوات، وهلاك حكمي وهو أن يخرج من ملكه كله أو بعضه ، وخروج البعض من ملكه كخروج الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

وعند محمد رحمه الله خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف كذلك خروج البعض ، فإذا تحالفا أن خروج الكل من ملكه فعلى المشتري رد القيمة ، ومثله ان كان مثلنا وان خرج **البعض** فان كان المبيع مما في تبعيضه ضرر ويكون التبعيض عيباً فالبيع بالخيار بعد التحالف إن شاء أخذ الباقي وقيمة الهلاك وإن شاء رد الثاني وأخذ قيمته وان لم يكن في تبعيضه ضرر،وليس التبعيض بعيب فللبائع أن يأخذ الباقي وقبل الغائب وإن عاد إلى ملكه ثم اختلفا ينظر ان كان العود فيتخالفان ويستردان العين ، وإن عاد بحكم ملك جديد لا يتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، وقال يتحالفان ويترادان القيمة دون العين .

وفي الجامع الصغير، القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة « رح »
إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك، وقال
أبو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول
قول المشتري في قيمة الهالك، وقال محمد « رح » يتحالفان عليهما
ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده
فهلاك البعض أولى، ولأبي يوسف « رح » إن امتناع التحالف
للهلاك فيقدر بقدره، ولأبي حنيفة رحمه الله أن التحالف على خلاف
القياس في حال قيام السلعة، وهي أسم لجميع أجزائها فلا تبقى
السلعة بفوات بعضها، ولأنه

(وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة « رح » إلا ان يشاء البائع) إلا ان يرضى البائع (ان يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك) أي من ثمن الميت (وقال أبو يوسف يتحالفان في الحى ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك، وقال محمد « رح » يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده) أي عند محمد « رح » **فهلاك البعض أولى**) والجواب ان هلاك البعض محمول إلى معرفة القيمة بالحرز وذلك يخل في القسمة عليه فلا يجوز .

(ولأبي يوسف « رح » أن امتناع التحالف للهلاك) أي لأجل هلاك احد العبدين (فيتقدر بقدره) أي فيقدر الإمتناع بقدر الهلاك لأن الحكم لا يزيد على العلة، والجواب عنه هو الجواب المذكور .

(ولأبي حنيفة « رح » أن التحالف) بعد القبض يثبت (على خلاف القياس في حال قيام السلعة) لما عرف ان البائع غير منكر وانما يثبت بالسنة وورد عند قيام السلعة (والسلعة اسم لجميع اجزائها) يعني اسم لجميع اجزاء المبيع (فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لأن بفوات بعضها يفوت الشرط فذلك الحكم الذي تعلق به غير معقول (ولأنه).

لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبـار حصته من الثمن فلا بـد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقـــد فيتحالفان . وهذا تخريج بعض المشايخ « ره » ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف

قال الكاكي « رح » هـــذا جواب عن قول أبي يوسف « رح » أي ولأن الشأن (لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فـــلا بد من القسمة على القيمة) باعتبار القيمة (وهي) أي القيمة (تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) فإن قيل يشكل على أبي حنيفة «رح» مـــا لو أقام القصار بعض العمل ثم اختلف في الاجرة ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجمـــاع اعتباراً للبعض بالكل ، واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض ، فينبغي أن يبقى التحالف عنده .

قلنا عقد الإجارة في حكم عقود مختلفة يتحد العقد بحسب ما يتم من العمل فبان تعذر فسخه ، في البعض لا يتعذر الفسخ في الباقي ، واما عقد البيع في العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي .

(إلا ان يرضى) أي البائع (ان يترك حصة الهالك اصلا) لأنه الهالك كأن لم يكن وكأن العقد يصير لم يكن إلا على القائم (لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القـــائم ويخرج الهالك عن العقد) فإذا كان كذلك الامر (فيتحالفان) كما هو الحكم في الاختلاف عند قيام السلعة ، وهذا إشارة إلى قوله لأنه حينئذ .. الخ وفيه إشارة ايضاً إلى اختلاف المشايخ في الاستثناء المذكور في الجامع الصغير في قوله إلا ان يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له فالذي ذكره قول عامة المشايخ إشار اليه بقوله (وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء) المذكور في الجامع الصغير (عندهم إلى التحالف) .

كما ذكرنا ، وقالوا إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً ، وقـــال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخـذ الزيادة على قول هؤلاء لاينصرف الإستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري

بيانه انهم قالوا الاستثناء عندهم إلى التحالف أي لا يتحالفان عند أبي حنيفة « رح» إلا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ شيئاً من ثمن الهالك اصلا فيتحالفان لانـــه حينئذ صار المبيع كل الحي (كما ذكرنا) أشار به إلى قوله لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابله القائم ويحتاج الهلاك عن العقد ويتحالفان .

(وقالوا) أي بعض المشايخ « رح » (إن المراد من قوله) أي من قول محمد «رح» (في الجامع الصغير) في رواية عن يعقوب « رح » عن أبي حنيفة « رح » إلى ان يشاء البائع (يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً اصلا) .

كما ذكرنا انه حينئذ جـاز المبيع كل الحي (وقـــال بعض المشايخ) وهم مشايخ بلخ « رح » (يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وإنما لا يأخذ الزيادة) مـــع اليمين إلا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي فلا يضمنه شيئاً مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت بل يأخذ ما يقر به المشترى ، وحينئذ لا يحلف المشترى لان الاستحلاف انما شرع في حق المشترى إذا كان ينكر ما يدعيه البائع في الزيادة ، فإذا ترك البائع دعوى الزيادة فلا حاجة إلى استحلاف المشترى .

(وعلى قول هؤلاء) أي قول بعض المشايخ الذين ذكرهم (لا ينصرف الإستثناء) وهو قوله إلا ان يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له (إلا يمين المشتري) معناه أن البائع يأخذ الحي صلحاً على ما يدعيه من الزيادة قبل المشتري ، فيجعل صلحها وعلى هذا العبد كصلحها على عبد آخر وصار تقديره على قولهم إلا أن يأخذ البائع الحي ولا يأخـــذ شيئاً آخر فحينئذ لا يحلف المشتري (لا الى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) .

ثم تفسير التحالف على قول محمد « رح » ما بيناه في القائم وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما ادعيا الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف « رح » والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى المشتري وإن حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري

وقال شيخ الإسلام هذا لا يقوى لأن الأخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان كذلك لكان معلقاً بمشيئتهما (ثم تفسير التحالف على قول محمد « رح ») لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما (ما بيناه في القائم) أي في المبيع الباقي أراد بـه ما ذكره بقوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ .

(وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء) يعني من الثمن (فادعى احدهما الفسخ او كلاهما ادعيا [1] الفسخ يفسخ العقد بينهما ويرد الباقي وقيمة الهالك) أي ويرد قيمة الهالك والقول في قيمة المشتري لأن البائع يدعي زيادة قيمته وهو ينكر فيكون القول له كما في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد (واختلفوا في تفسيره) أي اختلف المشايخ في تفسير التحالف (على قول أبي يوسف « رح ») فيتحالفان في القائم دون الهالك .

قال بعضهم يتحالفان على القائم لأن العقد ينفسخ في حقه لا غير (والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع ، فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه) أي البائع (دعوى المشتري وإن حلف يفسخان العقد [2] في القائم وسقط حصته) القائم (ويلزم المشتري

---

(١) يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي . (٢) البيع .

حصة الهالك ويعتبر قيمتها في الانقسام يوم القبض. وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وأيهما اقام البينة يقبل بينته

حصة الهالك) من الثمن الذي اقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك (ويعتبر قيمتها) أي قيمة الهالك وقيمة الباقي (في الانقسام يوم القبض) فإن اتفقا أن قيمتها يوم القبض كانت على السواء لزم المشتري نصف الثمن الذي اقر به وسقط نصفه ، وإن تصادقا أن قيمتها كانت على التفاوت يسقط في الثمن بقدر قيمة الهالك .

(وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشتري كانت قيمته يوم القبض خمس مئة ، وقيمة القائم يوم القبض كانت الفاً ، وقال البائع على عكس هذا (فالقول قول البائع) لأن البائع ينكر سقوط زيادة الثمن والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقها على وجوب الثمن فكان البائع متمسكاً بالأصل كذا في الجامع قاضيخان فإن قيل مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتها يوم العقد حتى قال محمد « رح » قيمة الأم تعتبر يوم القيمة ، وقيمة الزيادة يوم الزيادة ، وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من بينها صار مقصوداً بالعقد فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض .

وفي الفوائد الظهيرية فهذا إشكال هائل أوردته على قوم تحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه ثم قال والذي يخايل لي بعد طول الجسم فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وفيما نحن فيه تحقيق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً لعقد وهو التحالف أما في الحي فظاهر وكذا في الميت لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد « رح » حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف ويجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض (وايها اقام البين يقبل بينته) لأنه نور دعواه بالحجة .

وإن أقاماها فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل فيا إذا اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده ، وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك ، والبائع ينكره والقول قول المنكر وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتهما الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه ،

(وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى) لأنه أكثر إثباتاً بالزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشترى زيادة في قيمة القائم لإنها ضمينته والاختلاف المقصود وهو ما كان في قيمة الهالك .

ثم ذكر المصنف « رح » ما هو على قياس القول (وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل) أي المبسوط وهو قوله (فيا إذا اشترى عبدين وقبضهما) ولم يرد الثمن (ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر ، عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما) أي قيمة العبدين (فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك ينكره ، والقول قول المنكر وإن أقاما البينة ، فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك) والبينات شرعته للاثبات فيا كان أكثره إثباتاً كان أولى (وهذا) أي اعتبار يمين البائع وبينة (الفقه) أي المعنى ، وبين الفقه بقوله وهو أن في الايمان يعتبر الحقيقة الخ .

كذا أقره الاترازي « رح » وقال الكاكي «رح» قوله وهذا الفقه أى قول أبي يوسف

وهو أن في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فيبنى الأمر عليها ، والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما ، والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر ، وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف « ره » قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان

«رح » في أن القول قول البائع والبينة بينته ، وقال الأكمل « رح » وقال تاج الشريعة « رح » قوله وهذا الفقه الخ ، يعني أن في البينات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر فانه يدعي زيادة القيمة للهالك فتكون البينة بينته . قلت هذا هو المناسب لما ذكره المصنف « رح » بقوله (وهو) أي الفقه (أن في الايمان تعتبر الحقيقة) أي حقيقة الحال (لأنها) أي لأن البينة (تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال **فيبنى الأمر عليها**)أي على حقيقة الحال (والبائع منكر حقيقة) لأنه ينكر سقوط الزيادة (فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما) أي في حق الشاهدين (والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر) وهو قوله لأنه أكثر ثباتاً ظاهراً (وهذا) أي الذي ذكره ببوع الأصل بيعه (يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف « رح ») من تفسيره في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية) بألف درهم(وقبضها) أي قبض الجارية (ثم تقايلا) أي المبيع حال قيام الجارية (ثم اختلفا في الثمن) بأن قال المشترى كان الثمن الفاً فعليك أن ترد الالف ، وقال البائع كان خمسمائة فعلي رد الخمسمائة (فانها يتحالفان) لأن الاقالة بمنزلة بيع جديد في حق الشرع وقطع المنازعة

ويعود البيع الأول ، ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص ، لأنه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين ، وإنما اثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ، ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري

حق الشرع (ويعود البيع الأول) حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشترى في المبيع كما كان قبل الاقالة ، ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما أو فسخا لانها كالبيع لا ينفسخ إلا بالفسخ ونحن ما أثبتنا .

هذا جواب عما يقال النص لم يتناول الأقامة فما وجه جريان التحالف فيها . فأجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا فيه) أى في التقابل (التحالف بالنص لأنه) أى لأن النص هو قوله عليه السلام إذا اختلف البيعان تحالفا وترادا (ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين) بيع في حق غيرهما ، فإذا كان كذلك ما أثبتناه بالنص (وانما اثبتناه) أي التحالف (بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض) أى قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة ، وصار التحالف معقولاً وهو معنى قوله (والقياس يوافقه على ما مر) أى في أول الباب (ولهذا) توضيح لقوله وإنما أثبتناه بالقياس (نقيس الاجارة على البيع قبل القبض) يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة (والوارث على العاقد) يعني وارث البائع والمشترى إذا اختلفا في الثمن يجرى التحالف بينهما وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشترى) يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عندنا تبعاً لعين المشترى لكون النص إذ ذاك معقول المعنى .

وقال الاترازي قوله والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشترى

ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف « ره » خلافاً لمحمد « ره » لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً ، قال ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم إختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع

وهذا في النسخة المقابلة بنسخة المصنف « رح » وفي بعض النسخ فيما إذا استهلك المشترى يعني بفتح الراء وفي بعضها فيما إذا استهلك المبيع .

وقال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري « رح » على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشترى بضم التاء على بناء المفعول والمشترى على صيغة المفعول أى نقيس قيمة المشترى المستهلك الذى استهلك في يد البائع وفي المبسوط اذا قتل المبيع قبل البعض في يد البائع فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في إمكان فسخ العقد عليها (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » خلافاً لمحمد «رح» لأنه) أي لأن محمد «رح» (يرى النص معلولاً بعد القبض ايضاً) لأنه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر ، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض .

(قال) أي محمد « رح » (ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة) بضم الكاف وتشديد الراء وهو مكيال لأهل العراق معروف ، وقال الازهري الكر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف صاع وهو ثلاث ليلحات ، قال وهو من الحساب إثني عشر وسقاً ، والوسق ستون صاعاً (ثم تقايل) أي السلم (ثم اختلفا في الثمن) يعني رأس المال (فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم) مع يمينه لأن رب السلم يدعي زيادة وهو ينكر والإ يتحالفان (لأن الأقالة في باب السلم لا تحتمل النقض) أي الفسخ (لأنه) أي الاقالة على تأويل التقائل (اسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود (فلا يعود السلم) .

(بخلاف الإقالة في المبيع) فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عيناً إلى المشتري

ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما . قال وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجتني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة ، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته أن لم تكن لها بينة تحالفا عند أبي حنيفة « رح » ، ولا يفسخ النكاح

بعد عود إلى البائع ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب) يعني بحكم القاضي بذلك (وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل) أي ما ذكرنا (على الفرق بينهما) أي بين السلم وبين العين .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بألف درهم ، وقالت تزوجني بألفين فأيها أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة) أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة وإنما الأشكال في قبول بينة الزوج لأنه ينكر الزوج مادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لأنه يدعي في الصورة وهي كافية لقبولها (وإن اقاما) أي الزوجان (البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه) أي معنى قول القدوري « رح» في مختصره فالبينة بينة المرأة (إذا كان مهرمثلها اقل مما ادعته) قيد به ، لإنه إذا كان مثل ما ادعته المرأة أو اكثر فبينة الزوج **أولى لانها** تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئاً ، لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل .

اليه اشار الإمام قاضيخان « رح » (وإن لم يكن لهما) أي للزوجين (بينة) بعد الاختلاف في المهر عجزا عن إقامة البينة (تحالفا عند أبي حنيفة « رح » ولا يفسخ النكاح

لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابــع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر مثل فان كان مثــل ما اعترف بــه الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهــد له ، وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضي بما ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل ممـــا ادعته المرأة قضي لهما بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا إنحط عنه ، قال ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ، وهذا

لأن اثر التحالف في انعدام التسمية وإنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخـلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده) أي لأن عدم تسمية الثمن في البيع تفسدالبيع لأنه ركن فيه (على ما مر) في كتاب البيوع وفي كتاب النكاح ايضاً (فيفسخ) أي البيع بخلاف النكاح فإنه لا ينفسخ (ولكن يحـــكم) بتشديد الكاف من التحكيم على صيغة المجهول مسنداً إلى قوله (مهر المثل) أى يجعل من المثل حكما .

وبين تفصيل ذلك بقوله (فإن كان) أي مهر مثلها (مثلما اعترف به الزوج أوأقل) مما اعترف به الزوج (قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهــد له) أي ظاهر الحال يشهد الزوج لموافقة قوله من المثل (وإن كان) أي مهر مثلها (مثل ما ادعته المرأة أو اكثر) مما ادعته (قضى بما ادعته المرأة) لأن الظاهر يشهد لها (وإن كان مهر المثـل اكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل ، لأنها لما تحالفـــا) أي عند أبي حنيفة « رح » (لم يثبت الزيادة على مهر المثل ، ولا انحط عنه) أي عن مهر المثل.

(قال) أي المصنف « رح » (ذكر) أي القـــدوري « رح » (التحالف اولاً ثم التحكيم) أي ثم ذكر التحكيم بعده،حاصله انه ذكر التحالف أو لا اختلفافيالمهرإذا لم يكن لها ، ثم ذكر بعد ذلك تحكيم مهر المثل (وهذا) أي الذي ذكره القدوري «رح»

قول الكرخي « ره » لان مهر المثل لا إعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد « رح » تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي « رح » بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف « رح » فلا تفيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على

هكذا (قول الكرخي « رح » لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها) أي اعتبار القسمية (بالتحالف فلهذا يقدم) أي التحالف (في الوجوه كلها) يعني إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو اكثر منـــه أو كان بينهما فهذه خمسة أوجه .

(ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمـــد « رح ») وبه قال الشافعي « رح » (لتعجيل [1] فائدة النكول) لأن اول التسليمين عليه فأول اليمينين عليه ، لأن الزوج بمنزلة المشتري والمهر كالثمن والبضع كالمبيع ، واليه ذهب الإمــام الاسبيجابي « رح » في شرح الطحاوي ، واليه ذهب المصنف « رح » ايضاً في هذا المقام ولكن لم يعرض له في باب المهر (كما في المشترى) فإنه يبدأ بيمينه اولاً ، وقالوا في شرح الجامع الصغير يبـدأ التحالف بالقرعة لأنه لا رجحان لأحـــدهما عن الآخر (وتخريج الرازي بخلافه وقـــد استقصيناه في النكاح) أي وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب النكاح (وذكرنا خلاف أبي يوسف « رح ») حيث قال إن القول قول الزوج عند أبي يوسف « رح » في جميـع ذلك إلا ان يأتي بشيء مستنكر .

(فلا تفيده) أي فلا تفيد بيان قول أبي يوسف « رح » ههناك للإكتفاء بمـا ذكره هناك (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه) أي تدعي النكاح (على

---

(١) تعجيلا لفائدة النكول ـ هامش .

هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة إلا أن قيمه الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكهـــا لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجـــد ، فوجبت القيمة وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معنـــاه اختلفـا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر ،

هذه الجارية فهي كالمسألة المتقدمة) يعني انه يحكم مهر المثل اولاً فمن شهد له فالقول له ، وإن كان بينهما فيتحالفان وقد اوضح ذلك صاحب الايضاح حيث قال وإن ادعى الزوج أن المهر هو هذا العبد ، وقالت المرأة هذه الجارية فالكلام فيه كالألف والألفين إلا فصل واحد وهو ان مهر مثلها إذا كان مثل قيمة الجارية أو اكثر فلها قيمة الجـارية لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي فاذا لم يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت القيمة .

وقال شمس الأئمة البيهقي « رح » في الكفاية إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجـــارية أو أكثر لها مهر مثلها لا يتجاوز قيمة الجارية ، وإن كان أقل من قيمة العبد لها مهر مثلها إلا أن ترضى بأخذ العبد لأن تمليك عين الحيوان لا يمكن إلا إذا اتفقا عليه ، ولم يتفقا على ملك الجارية فيرجع إلى قيمتها ، وهذا الذي ذكره هو الذي ذكره المصنف بقوله (إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثـــل يكون لها قيمتها دون عينها ، لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضى ولم يوجد فوجبت القيمة) أي قيمة الجارية .

(قال) أي القدوري « رح » (وإن اختلفا في الإجارة) أي وإن اختلف المتآجران في الإجارة (قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) هذا لفظ القدوري « رح » وقال المصنف « رح » (معناه اختلفا في البدل والمبدل) أراد بالبدل الاجرة ، والمبدل المنافع التي وقع عند الإجارة عليها (لأن التحالف في البيع قبل القبض) أي قبل قبض المبيـــع (على وفاق القياس على ما مر) أشار الى قوله في أول الباب لأن البائـــع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكر .. الخ .

والإجارة قبـــل قبض المنفعة نظير البيع قبـــل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فإن وقع الإختلاف في الأجرة يبـــدأ بيمين المستأجر لأنـــه منكر لوجوب الأجرة وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهمـــا أقام البينة قبلت

(والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) في كونها عقد معاوضة يقبل الفسخ فالحقت الإجارة به ، فإن قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة قلنا الدار اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها ، فكأنها قائمة تقديراً .

(وكلامنا قبل استيفاء المنفعة) أي كلامنا الذي ذكرناه انمـا هو عند الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه ، وأما إذا اختلفا في استيفاء المعقود عليـه فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى (فإن وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة) فإن قيل كان الواجب أن يبدأ يمين المؤجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الاجر ثم تجب الاجرة على المستأجر بعده أجيب بأن الاجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو السبق انكاراً فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنـع الاجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على تسليم الاجرة فيبقى إنكار المستأجر لزيادة الاجره فيحلف (وان وقـــع) أي الاختلاف (في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر) هذا على غير القاعدة ، والاصل أن يقال المؤجر أو الاجر (وايها نكل لزمه دعوى صاحبه).

قال شمس الائمة البيهقي في كتاب الاجارات إختلفا في الاجرة قبـــل القبض فقال المستأجر بخمسة وقال المؤجر بعشرة ، أو في المدة فقال المؤجر شهراً وقال المستأجر شهرين أو المسافة قال هذا إلى البصرة وذلك إلى الكوفة ، يتحالفان وتفسخ الاجارة وايها نكل لزمه دعوى صاحبه ، ومن أقام بينة تقبل ، فإن أقاما فالبينة للمؤجر إن كان الخلاف في قدر الاجرة ونوعها أوجنسها، وهذا كالشرح لقول المصنف (وأيها أقام البينة قبلت بينته

ولو أقاماها فبينـــة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة. وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هـــذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسمائة يقضى بشهرين بعشرة، قال وإن إختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « ره » ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنـــع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد « ره » لأن الهلاك انما يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ، ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم

ولو أقاماها) أي كل واحد أقام بينة (فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف في الاجرة) لانه أكثر اثباتاً .

(وإناختلفا[1] في المنافع فبينة المستأجر اولى وان كان فيهما) أي وان كانالاختلاف في الاجرة والمنافع (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل ، نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسمائة يقضى بشهرين بعشرة) نظراً إلى كثرة الاثبات (قال) أي القدوري « رح » (وان اختلفا بعد الاستيفاء) أي بعـــد استيفاء المعقود عليه (لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر ، وهذا) أي عدم التحالف (عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف « رح » ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) أي عند أبي يوسف وأبي حنيفة (وكذا على أصل محمد « رح ») يعني ههنا (لأن الهـــلاك إنما لا يمنع) أي التحالف (عنـده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه) لأن العـين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقام العين (فيتحالفـــان عليها) أي على القيمة (ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة) حتى يكون التحالف عليها (لأن المنافـــع لا تتقوم

---

(١) وان كان في المنافع — هامش .

بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه،وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل . قال وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة « ره » وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة ، وهو قول الشافعي « ره » لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ،

بنفسها) لأنها عوض لا يبقى زمانين (بل بالعقد) أي بل يتقوم بواسطة العقد (ويتبين لأنه لا عقد) يعني ظهر بتحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه في الأصل ، فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ .

(وإذا امتنع) أي التحالف به بالاجماع (فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه) ومتى وقع الخلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه مع يمينه (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى فكان القول في الماضي قول المستأجر) لأنه هو المتفق عليه فيما مضي ، وهو المدعى عليه (لأن العقد) يعني في الإجارة (ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل) فإذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورة فظهر الفرق .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة « رح ») فالقول للعبد مع يمينه (وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي ، لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع) عند الاختلاف في الثمن

والجامع ان المولى يدعي بدلاً زائداً ينكر العبد، والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيـــه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا إختلفا في الثمن ، ولأبي حنيفة « ره » أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهـــو سالم للعبد ، وإنمـــا ينقلب مقابلاً للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة ، فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان . قـــال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجل

(والجامع) بينهما (أن المولى يدعي بدلاً زائداً أنكر العبد والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند قضاء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفـــان كما إذا اختلفا) أي المتبايعـــان (في الثمن) أي في ثمن البيع (ولأبي حنيفة « رح » أن البدل) أي بدل الكتاب (مقابل بفك الحجر في حق اليـــد والتصرف للحال وهو) أي التصرف (سالم للعبد) لاتفاقهما على ثبوت الكتابة .

(وإنما ينقلب) أي البدل (مقابلاً بالعتق عند الاداء) يعني إذا أدى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلاً في الحجر إلى كونه مقابلا بالحجرية فههنا هي المقصود ، كما جعـل وجوب الاجرة في ابتداء عقد الإجارة مقابلا برقبة الدار ثم يصير مقابلا بالمنافع المطلوبة عند حدوثها فكذا هنا (فقبله) أي قبل الأداء (لا مقابلة فبقى اختـلافاً في قدر البدل لا غير) يعني لا في المبدل ، والعبد لا يدعي شيئاً بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر ، فإذا كان كذلك (فلا يتحالفان) لأن التحالف في المبيع يثبت نصاً بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه . والكتابة ليست في معنى البيـع لأن التحالف في المفاوضات عندنا يتحـــد بالحقوق اللازمة من الجانبين ، وبدل الكتابة ليس بلازم على العبد لقدرته على تعجيز نفسه فيدافع عن نفسه ، ولهذا لا تصح الكفالة به ولا يصح الحاقه بالبيع ، فيكون القول للعبد مع يمينه .

(قال) أي القدورى « رح » (فإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجل

فهو للرجل كالعمامة . لان الظاهر شاهد له ، ويصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها ، وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل ، لان المرأة ومـــا

فهوللرجل كالعمامة)وقال قاضيخان «رح» في شرح الجامع الصغير وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح بينهما قائم أو طلقها و ادعى كل واحد منهما أن له قال اصحابنا ما يصلح للرجال مثل العمامة والقلنسوة والخفين والاسلحة والكتب ونحو ذلك ، فالقول فيها قول الرجل .

(لأن الظاهر شاهد له) وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر ، وقال الشافعي وزفر وعثمان الليثي وأصحاب الظاهر « رح » ما يصلح له أولها والمشكل فهو بينهما بعد التحالف ، وكذا في يد وزقها .

وقال أحمد وابن أبي ليلى والثوري مايصلح له فهو له مع يمينه ومايصلح لها فهو لها مع يمينها والمشكل بينهما نصفان بعد التحالف ، وقال مالك « رح » نحوه إلا أنه قـــال المشكل للرجل ، وقال ابن شبرمة الكل للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنهـــا ، وقال الحسن البصري رحمه الله إن كان البيت لها فالكل لها مع يمينها الا ما على الرجل من ثياب بدنه وإن كان البيت له فالكل له لأن البيت ومـــا فيه في يده (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية)والملاءة ، والوقاية ما تشد المرأة على أستان رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها مع الخمار كالملحفة (لشهادة الظاهر لها) أي للمرأه (وما يصاح لهما) أي للزوجين (كالآنية فهو للرجل) .

وقال قاضي خان « رح » المشكل ما يصلح أما كالفرن والشاة والعبد والخـــادم والاواني والامتعة والذهب والفضة والعقار ، وقال التمرتاشي « رح » ما يصلح للنساء فهو لها مع اليمين إلا أن يكون الرجل صائغاً وله أساوير وخواتيم النساء وحلي وخلخـــال وأمثال ذلك ، فحينئذ لا تكون هذه الاشياء لها .

وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كالعمامة والمشترى والمنطقة (لأن المرأةوما

في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهراً أقوى منه ، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الأخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما ، لان اليد للحي دون الميت ، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة « ره » ، وقال أبو يوسف يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز

في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه) أي لأن ظاهر اليد (يعارضه ظاهر أقوى منه) وهو يدل الاستعمال فكان القول لها ، كرجلين اختلفا في ثبوت احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فإن اللابس أولى بخلاف الاسكاف والعطار إذا اختلفا فيه لأن الاساكفة والعطارين وهي في أيديهما فيكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبهة ، ولم يشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآن في ايديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين .

(ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما) أي أحد الزوجين (واختلفت ورثته) أي ورثة الميت (مع أخر) وهو الحي منهما (فما يصلح للرجال والنساء) كالأواني والبسط ونحوها (فهو للباقي منهما) أي من الزوجين (لأن اليد للحي دون الميت) لأنه لا يد له .

(وهذا الذي) وهذا المجموع الذي (ذكرناه) من حيث الجملة لا من حيث التفصيل من أول المسألة إلى آخرها (قول أبي حنيفة « رح») لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذه قوله (وقال أبو يوسف « رح » يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها) معناه مما يصلح لها (والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز

وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر ، والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم ، وقال محمد « ره » ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة ، ومايكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لابي حنيفة « رح » والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث ، وان كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر أقوى ، وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يداً معتبره في الخصومات .

وهذا) أي ظاهر المرأة (أقوى) لجريان العادة بذلك (فيبطل به ظاهر يد الزوج ، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر) فكان معتبراً .

(والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم ، وقال محمد « رح » ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما) أي وما كان يصلح للزوجين (فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة « رح ») في الدليل ، وهو أن المرأة وما في يدها للزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة إلى الحياة ، وأما بالنسبة إلى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) .

والفوائد قال محمد « رح » ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنه خلفاؤه فيما له فكما ان المشكل له في حياته مع يمينه فكذا كان القول لورثته (فإن كان أحدهما) أي أحد الزوجين (مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة ، لأن يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض ، وهـــذا ، عند أبي حنيفة « رح » وقال العبد المأذون له في التجـارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات) حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في يديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ، ولو كان في يد ثالث وأقام البينة استويا فيه .

فصل فيمن لا يكون خصماً

وإذا قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي

فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومـــات فكذلك في متاع البينة ، وقال السكاكي « رح » قوله وللحي بعد الممات سواء كان الحي حراً أو مملوكاً ، هكذا ذكره في نسخ شرح الجامع الصغير .

ولكن ذكر فخر الإسلام شمس الائمة « رح » في شروح الجامع الصغير لو كان احدهما حراً والآخر مملوكاً فالمتاع للحر منهما ، وكذا إن مات أحدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وما وقع في بعض النسخ للحي منهما سهو .

وفي رواية محمد « رح » والزعفراني للحر بالراء ، وذكر في المختصر السراجي السعيد ولو كان أحدهما مملوكاً فاختلفا بعد الفرقة في الامتعة المشكلة فالقول قول الحر لقوة يده عند أبي حنيفة « رح » وعندهما سواء .

وذكر في جامع البزودي « رح » والمتاع للحر منهما غـير مقيدة بالمشكل وجرح به في مختلف العقبة ، والأقضية أن المتاع كله للحر عنده وعندهما على التفاصيل التي عرفت فيما إذا كانا حرين .

(فصل فيمن لا يكون خصماً)

أي هذا فصل في بيان من لا يكون خصما عند الدعوى ، ولما ذكر فيما مضى من يكون خصماً ذكر هنا من لا يكون خصماً وبضدها تتبين الأشياء قبل الفصل مشتملاً أيضاً على ذكر من يكون خصما ، وأجيب نعم من حيث الفرق لا من حيث القد الأصلي (وإذا قال) وفي بعض النسخ فان قال (المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبـــين المدعي) صورته دار أو ثوب في يد إنسان ادعى رجل عليه أنها له فقال ذو اليد هو لفلان الغائب أودعنيـه .. الخ .

وأقام ذو اليد بينة على ما قاله فلا خصومة بـــين ذي اليد الذي هو المدعى عليه وبين المدعي .

وكذا إذا قال أجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت بالبينة أن يـــده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة « ره » لا تندفع لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعـــدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه ، قلنـا مقتضى البينة شيئان ، ثبوت الملك للغائب ولا خصومة فيه فلم يثبت ، ودفـــع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق

وبه قال مالك وأحمد « رح » والشافعي والأظهر ، وقال ابن بشرعة له يندفـع به ، وبه قال الشافعي «رح»في المنصوص عليه (وكذا) أي لا خصومة (إذا قال) ذو اليـــد (أجرنيه) فلان (وأقام البينة لأنه) أي وكذا لان ذو اليد (ثبت بالبينة أن يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة) هو عبدالله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان الطي أبو شبرمة الكوفي « رح » القاضـي فقيـــه أهل الكوفة عداده في التابعين ، روي عن أنس بن مالك « رح » .

وقال العجلي « رح » كان قاضياً لأبي جعفر على سواد الكوفة وضياعهـا وكان فاضلا ماسكا ثقة في الحديث ، مات سنة اربـع وأربعين ومائة (لا تندفع) أي الخصومة (لأنه تعذر إثبات الملـــك للغائب لعـدم الخصم عنه) أي عن الغائب وأثبات الملك للغائب بدون الخصومة متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه (ودفع الخصومة بناء عليه) أي على أثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر (قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب) أي أحدهما ثبوت الملك للغائب .

(ولا خصومة فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى) أي والثاني دفـع الخصومة عن نفسه (وهو خصم فيه) لأن مقصود ذي اليد اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة،ولا إثبات الملك للغائب أو فيما هو المقصود ، والمدعي خصم له فيه فتقبل بينته .

(فيثبت) يد الحفظ (وهو كالوكيل بنقل المرأة) إلى زوجها (واقامتها البينة على الطلاق) فإنها تقبل بقصر يد الوكيل عنها ، ولم يحكم بوقوع الطلاق مـا لم يحضر الغائب

كما بينا من قبل ، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى « ره » لانه صار خصماً بظاهر يده فهو باقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره فقال أبو يوسف « ره » آخراً ان كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلنا وان كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه أياه

(كما بينا من قبل) أي في باب الوكالة بالخصومة .

والقبض يعني أن بينة المرأة على الطلقات الثلاث تقبل في حق قصر يد الوكيل عن نقلها لا في حق الطلاق (ولا تندفع) أي الخصومة (بدون اقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى « رح ») هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري ، أبو عبد الرحمن الكوفي « رح » الفقيه قاضي الكوفة فيه فقال مات سنة ثمان وأربعين ومائة ، ومذهبه انه يخرج من الخصومة بمجرد الدعوى بغير بينة لأنه لا تهمة فيما يقربه على نفسه فيثبت ما أقر به بمجرد اقراره أن يده يد حفظ لا يد خصومة (لأنه صار خصما) دليلها يعني توجهت الخصومة اليه (بظاهر يده) وهذا يبين ما كان للقاضي احضاره ويكتب اليه بالجواب (فهو باقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه) فهو متهم في إقراره (فلا يصدق إلا بحجة) كما لا يصدق المدعى دعوى الملك إلا بحجة .

وكذا (كما إذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره) بالحوالة ، فانه لا يصدق إلا بحجة .

(وقال أبو يوسف « رح » آخراً) تندفع الخصومة كما كانت البينة (إن كان الرجل) أي ذو اليد (صالحاً) أي غير معروف إلا بالخير والصدق (فالجواب كما قلنا) أي تندفع الخصومة كما قامت البينة (وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله) أي المال الذي غصبه من إنسان (إلى مسافر يودعه إياه

ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره ، فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قـــال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفـــع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه ما أحاله الى معين ليمكن المدعي من اتباعه فلو اندفعت لتضرر بـه المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فكذا الجواب عند محمد « رح » للوجه الثاني ، وعند أبي حنيفة « رح » تندفع لانـــه أثبت بينتـــه أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الأول

ويشهد عليه الشهود) حتى جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه (فيحتال لإبطال حق غيره) بان يقيم بينة على أن فلاناً أودعه فيبطل حقه وتندفع الخصومة عنه .

(فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله) وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوط ماذهب اليه أبو يوسف « رح » صح استحسان ذهب اليه بعدما ابتلي بالقضاء لأنه لما رضي بالقضاء فوقف على أحوال الناس ما لا يعرفه غيره ، وما قالا قياس لأن البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ، ولا يجوز تعطيلها بمجرد الوهم .

قلت زماننا هذا أكثر فساداً لقلبه التزوير وكثرة الحيل بالاحتياط فيه واجب (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هوهذا المدعي ولأنه) أي ولأن ذي اليد (ما احاله إلى معين ليمكن المدعي من اتباعـــه فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد « رح » للوجه الثـــاني) أي الشهود ما أحاله إلى معـــين يكن للمدعي اتباعه .

(وعند أبي حنيفة تندفع) الخصومة (لأنه أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهـة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الأول) وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل

فلم تكن يده يد خصومة ، وهو المقصود والمدعي هو الذي أقر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده دون المدعى عليه وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الأقوال الخمسة ، وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم أن

لا نعرفه للعلم بيقين ، حينئذ أن المودع غير المدعى ، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود (فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعي هو الذي أقر بنفسه) هذا جواب عن قول محمد « رح » لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي .

ووجهه أن المدعي أضر نفسه بالضرر اللاحق (حيث نسى خصمه أو أضره شهوده) أي شهود المدعى عليه ، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه ، واليه أشار بقوله هذا الشيء أودعته فلان فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا الى موجود في الخارج ، واما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لأنها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما للمدعي في العين بظاهر يده فان ظاهر اليد يدل على الملك الا أنه يحتمل أنه ليس يد ملك وباقامة البينة أن العين وديعه عنده يظهر أن يده ليست يد ملك فتندفع عنه الخصومة أما إذا كانت العين هالكة فالدعوى تقع في الدين ، ومحل الدين الذمة ، فالمدعى عليه يثبت خصما للمدعى بذمته وبما أقام المدعي من البينة ، على أن العين كانت في يده وديعة لا تبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة .
(دون المدعى عليه وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى) أي هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى من الأصل يسمى المخمسة لما فيها من خمسة أوجه ، لأن ذا اليد قال هذه وديعة أو عارية أو اجارة أو رهن أو غصب أو تسمى بخمسة لأن فيها خمسة أقاويل ، أشار اليه بقوله (وذكرنا الاقوال الخمسة) لعلمائنا الثلاثة « رح » ولابن أبي ليلى ولابن شبرمة .

(قال) أي القدوري « رح » (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم) يعني إذا ادعى على ذا اليد عيناً فقال ذو اليد اشتريتها من الغائب لاتندفع الخصومة (لأنه لما زعم ان

يده يد ملك اعترف بكونه خصماً وان قال المدعي غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذواليد البينة على الوديعة ، لانه انما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد ، ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد أو دعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة، وهذا قول أبي حنيفة « ره » وأبي يوسف « ره » ، وهذا استحسان ، وقال

يده يد الملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ذو اليد ملكاً مطلقاً (ولو [1] قال المدعى غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وان أقام ذواليد البينة على الوديعة).

بيانه ان المدعي اذا ادعى فعلا على ذي اليد ، وقال الدار داري أودعتها عندك أو استأجرتها مني أو غصبتها مني أو أرتهنتها مني ، وقال المدعى عليه الذي في يده الدار انها لفلان الغائب اودعها أو غصبتها منه وغير ذلك ، وأقام على ذلك البينة فإن الخصومة لا تندفع عنه (لأنه) أي لأن ذا اليد (إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده) وصيرورته خصماً في دعوى الفعل لا يفتقر إلى اليد أصلا فضلا عن أن يفتقر إلى ملك ويد خصومة ، ولهذا اتضح دعوى الملك المطلق باعتبار يده حتى لا تصح دعواه أي دعوى المدعى على غير ذي اليد .

ويصح دعوى الفعل على غير ذي اليد (بخلاف دعوى الملك)أي دعوى المدعي لما ملك (المطلق لأنه خصم فيه) أي لأن ذا اليد خصم في دعوى الملك المطلق (باعتبار يده حتى لا تصح دعواه) أي دعوى المدعي (على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل) أي غير ذي اليد (وإن قال المدعي سرق منى وقال صاحب اليد اودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة ، وهذا قول أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وهذا استحسان ، وقال

---

(١) إن – هامش .

محمد « رح » تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ، ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة ، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما إذا قال سرقت ، بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ، وإذا قال المدعي ابتعتــــه من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلـك سقطت الخصومة بغير بينة ، لأنهما لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة ان فلاناً وكله بقبضه لانه أثبت بينته كونه أحق بإمساكها

محمد « رح » تندفع) أي الخصومة (لأنه لم يدع الفعل عليه) أي على ذي اليد .

بل هذا دعوى الفعل على مجهول وهي باطلة فالحقت بالعدم (فصار كما إذا قال غصب منى على مـــا لم يسم فاعله) لأن فيه تجهيل الغـــاصب (ولهما) أي ولأبي حنيفة ولأبى يوسف «رح» (أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة) لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور.

(والظاهر انه هو الذي في يده إلا انه لم يعينه) أي لم يعين السارق (درءاً) أي دفعاً (للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر ، فصار كما إذا قـــال سرقت) بالخطاب المذكر (بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه) فإنه غـــير معذور في التجهيل (وإذا قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيـــه فلان ذلك سقطت) أي أشد اسقاطاً (الخصومة بغير بينة ، لأنها لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته ولم تكن يده يد خصومة ، إلا أن يقيم البينة أن فـــلاناً وكـــله بقبضه ، لانه اثبت بينته كونه أحق بامساكها) ولو طلب المدعى بينة على ما ادعى من الإيداع يحلف على الثبات . ولو قال ذو اليـــد أو دعني وكيله لا يصدق إلا ببينة ،لأن الوكالة لا تثبت إلا بقوله ، والله أعلم .

باب ما يدعيه الرجلان

قال وإذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقام البينة قضى بها بينهما . وقال الشافعي « رح » في قول تهاترتا ، وفي قول يقرع بينهما ، لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة ، وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة ، لان النبي عليه السلام

(باب ما يدعيه الرجلان)

أي هذا باب في بيان ما يدعيه الرجلان . ولما فرغ من بيان حكم الواحد شرع في بيان حكم الاثنين ، لأنه بعد الواحد .

(قال) أي القدوري (وإذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له وأقاما البينة قضى بها بينهما . وقال الشافعي في قول تهاترتا) أي البينتان تساقطتا من التهر بكسر الهاء ، وهو السقط من الكلام والخطأ ، وهذا قوله القديم ، وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية (وفي قول يقرع بينهما) ويقضى لمن خرجت قرعته ، وبه قال أحمد في رواية . وفي قول للشافعي وأحمد في رواية يقضى لمن خرجت قرعته بيمين ، وعن مالك يقضي بأعدل البينتين، فإذا تساويا في العدالة يقسم بينهما نصفين. وقال الأوزاعي وابن الماجشون المالكي يقضى بأكثرهم عدداً لزيادة طمأنينة القلب إلى قول الأكثر .

(لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل) يعني في كل العين (في حالة واحدة ، وقد تعذر التمييز) أي تمييز العادلة من الكاذبة ، فإذا كان كذلك (فيتهاتران) أي فيتساقطان (أو يصار إلى القرعة ، لأنه (1) عليه السلام) لأن النبي ﷺ

---

(١) لأن النبي ـ هامش.

أقرع فيه ،وقال اللهم أنت الحكم بينهما .ولنا حديث تميم بن طرفة رضي الله عنه أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين ، وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما

(أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما) هذا رواه الطبراني في معجمه الأوسط بإسناده إلى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في شيء فأقام كل واحد منهما البينة فأقرع بينهما ، هكذا ذكر الاترازي لفظه . ولفظ الطبراني فأقام كل واحد منهما بشهود عدول في عدة واحدة ، فساهم رسول الله ﷺ بينهما ، وقال اللهم اقض بينهما ، ورواه أبو داود عن ابن المسيب مرسلا ، وكذا رواه عبد الرزاق مرسلا ، ورواه عبد الحق في أحكامه وقال وهذا مرسل ضعيف ، لأن عبدالرزاق رواه عن نعيم بن يحيى الاسلمي قال هو متروك.

(ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة فأقام كل واحد منهما البينة ، فقضى بها بينهما نصفين) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة حدثنا أبو الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة أن رجلين ... الخ ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن سماك بن جورية ،ورواه البيهقي في كتاب المعرفة عن الحاكم بسند عن أبي عوانة أخبرنا سماك بن حرب به ، وقال هذا . قلت تميم بن طرفة الطائي المسلمي الكوفي من التابعين الثقات مات سنة خمس وتسعين ، وروى له مسلم بن طرفة ولا يحتج بهذه الانقطاعة ويحتج بحديث أبي هريرة رواه اسحاق بن راهوية وابن حبان في صحيحه أن رجلين ادعيا دابة فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين. وروى الطبراني في معجمه بإسناده عن جابر بن مهرة أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين أنه له ، فجعله النبي ﷺ بينهما .

(وحديث القرعة كان في الابتداء) أي في ابتداء الإسلام (ثم نسخ) بما حرم القمار وكان مباحاً (ولأن المطلق) بكسر اللام ، أي المجوز (للشهادة في حق كل واحد منهما

محتمــــل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك ، والآخر اليد ، فصحت الشهادة فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف، إذ المحل يقبله ، وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق . قال فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما ، لان المحل لا يقبل الاشتراك . قال ويرجع إلى تصديق المرأة لاحدهما ، لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ، وهذا إذا لم يوقت البينتان ، فأما

محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد) أي اعتمد اليد ، لأن الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة ، لأن ذلك يثبت لا يطلع عليه العباد، فجاز أن يكون أحدهما اعتمد شبهة الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك ، والآخر اعتمـد اليد فشهد على ذلك (**فصحت الشهادة فيجب العمل بها ما أمكن ، وقـــد أمكن بالتنصيف ، إذ المحل يقبله**) أي يقبل التنصيف ، وصار هذا كالمعلل – سرجه – نحـــو إن باع فضولي مال آخر ، وباع فضولي من آخر ذلك المال وأجاز مالك اليمين ثبت الملك لكل واحـد منهما في النصف ، فكذا هذا .

(وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق) إن المدعى قابل للاشتراك، فيستويان في الاستحقاق كالغريمين في الشركة .

(قال) أي القدوري (فإن ادعى كل واحـد منهما نكاح امرأه وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بها ، لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال) أي القدوري (ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجـــين) قال السعدي لا يترجح أحدهما إلا بإحدى معان ثلاث ، أحدها إقرار المرأة ، والثاني كونها في يد أحدهما ، والثالث دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر أن نـــكاحه أسبق ، كذا في الخلاصة .

(وهذا) أي الحكم المذكور (إذا لم يوقت البينتان) أي إذا لم يذكر تاريخاً (فأمـا

إذا وقتـــا فصاحب الوقت الاول أولى ، وإن أقرت لاحدهما قبـــل إقامة البينة فهي امرأتـه لتصادقهما . وإن أقـــام الآخر البينة قضى بها ، لأن البينة أقوى من الاقرار . ولو تفـرد أحدهمـا بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ، لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه ، الا أن يوقت شهود الثاني سابقاً ، لانه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت المرأة في يـــد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق .

إذا وقتا) أي ذكر كل واحد منهما تاريخاً (فصاحب الوقت الأول) أي التاريخ السابق (اولى) لما فيه من زيادة الاثبات ، ولأنه لا معارض له في ذلك الزمان فقضى به في ذلك الزمان (فإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما) على الزوجية ، لأنها ليست في يد أحد وهي في يـد نفسها ، فيعتبر إقرارها بالزوجية (وإن أقام الآخر البينة قضى بها ، لأن البينة أقوى من الإقرار) لأن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة .

(ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ، لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بمـا هو مثله بل هو دونه) أي دعوى المدعي الآخر مع شهادته دون الأول لاتصال القضاء بالأول (إلا أن يوقت شهود الثاني سابقاً) على شهود ، فحينئذ ينتقض الأول (لأنه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونـكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق) أي إلا على وجه أن بينته تشهد أن نـكاحه قبل نكاح الأول ، فحينئذ ينتقض نـكاح الأول لظهور الخطأ فيه بيقين ، وهذا كله إذا كان التنازع حال قيام المرأة أما إذا كان بعد وفاة المرأة فهذا على وجوه ، ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن أرخـا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي بالنكاح له والميراث له ويجب عليه تمام المهر . وإن لم يؤرخا

قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء تركه ، لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما ،

على السواء فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثا منها ميراث زوج واحد .

فرق بين الدعوى في حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة ، والفرق أن المقصود في حالة الحياة هي المرأة وهي لا تصلح مشتركة بينهما، والمقصود بعد الوفاة ميراث ابن كامل لأن البنوة لا تتجزأ . هكذا ذكر في الفصول .

(قال) أي القدوري (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف (معناه) أي معنى كلام القدوري (من ذي اليد [1]) إنما قال هذا احترازاً عما سيأتي بعد هذه المسألة وهي انه لو ادعى كل واحد الشراء من غير ذي اليد فهو لا يخلو إما أن يدعي الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء في الكتاب (وأقاما بينة) بينة من غير توقيت(كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء تركه ، لأن القاضي يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في السبب) وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية ، والشافعي في رواية . وقال الشافعي رحمه الله في قول آخر يقرع وبه قال احمد في رواية . وعن الشافعي قول تسقط البينتان ويرجع إلى البائع ، فإن صدق أحدهما سلم اليه وهل يحلف الآخر على القولين ، والأصح لا يرجع بإقرار البائع،وبه قال أكثر أصحابه،بل يقسم نصفين أو يقرع(فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين) قضى بينهما نصفين (يخير كل واحد منهما) أي من الاثنين الذي ادعى كل واحد انه اشترى هذا العبد .

---

(١) صاحب ـ هامش .

لأنه تغير عليه شرط عقده ، فلعل رغبته في تملك الكل ، فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد . وإن قضى القاضي بـــه بينهما فقال أحدهما لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جملته[1] ، لأنه صار مقضياً عليه في النصف فانفسخ البيع فيه ، وهـــذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينـة لولا بينة صاحبه . بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيـــير القاضي

(لأنه تغير عليه شرط عقده) وهو رضاه ، لأنه مـــا رضى بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق المصنفة عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) أي كل العبد (فيرده ويأخذ كل الثمن) فإن قيل كذب أحد البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كاملا في وقت واحد ، فينبغي أن تبطل البينات . أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد ، بل شهدوا بنفس العقد، فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سبباً في وقت اطلق له الشهادة به (لو اراد) .

(وإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا اختار النصف لم يكن للآخران يأخذ جميعه لأنه صار مقضياً عليه بالنصف ، فانفسخ البيع فيـه) أي في النصف ، لأنه صار مقضياً عليه بالنصف لما قضى القاضي بينهما بالبيع تضمن قضاؤه فسخ العقد في حق كل واحـــد منهما في النصف ، فلا يعود إلا بتجديد العقد (وهذا لأنه خصم فيـه لظهور استحقاقه) أي لثبوت استحقاقه (بالبينة) وهذا جواب عما يقال وهو يدع ، فكيف يكون مقضياً عليه ، فأجاب بقوله لظهور استحقاقه، أي لثبوت استحقاقه بالبينة،وهذا لأن استحقاق كل واحد للكل ثابت نظراً إلى بينته ، وإذا لم يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه ، وهو معنى قوله (لولا بينة صاحبه) يعني لولا بينة صاحبه أظهر استحقاقه في الكل وقد انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بإسناد جديد .

(بخلاف ما لو قال ذلك) أي قوله لا أختار (قبل تخيير القاضي) وهو القضاء عليه

---

(١) جميعه ـ هامش .

حيث يكون له أن يأخذ الجميع، لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء . ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما ، لأنه أثبتَ الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد ، فاندفع الآخر به .

(حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ بسببه) أي اثبت شراءه في الكل بالبينة ولم يفسخ القاضي بيعه في شيء، وإنما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه له ، فاذا زالت المزاحمة قضى له بالكل . وفي نسخة شيخي العلامة العلاء بعد قوله ولم يفسخ سببه (والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء) انتهى بيانه فيما ذكرنا الآن بقولنا لأن القضاء له بالنصف إلى آخر قوله ونظيره إلى نظير ما إذا قال أحد المدعيين لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي حيث يكون للآخر أخذ الجميع تسليم أحد الشفيعين ، يعني إذا سلم أحدهما قبل القضاء يقضي للآخر بجميع الدار إن سلم بعد القضاء لا يكون للآخر إلا نصف الدار وهو معنى قوله نظائر الأول تسليمه بعد القضاء .

(ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً) أي من الاثنين اللذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد وأقام كل منهما بينة بالتاريخ (فهو للأول منهما) أي للأسبق منهما بالتاريخ ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله ، واختاره المزني ويحكم من نص الشافعي في قول البويطي أنه لا ترجيح فيه بالسبق (لأنه) أي لأن الذي قامت بينته بالسبق (أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به) أي اندفع الآخر من الاثنين المذكورين به ، أي بإثبات الشراء في زمان لا تعارضه البينة الأخرى ، وهو استحقها في ذلك الوقت ، فتبين أن الآخر اشتراه من غير المالك ، فكان باطلا بخلاف ما إذا كانت البينتان مطلقتين ومؤرختين بتاريخ واحد ، فإنه لا يعلم شراء احدهما من غير المالك ، فتعارضتا .

ولو وقتت إحداهمـــا ولم يوقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت ، واحتمـــل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ، وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يـــدل على سبق شرائه . ولأنهمـــا استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك . وكذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بيناه

(ولو وقتت إحداهما) أي ولو ذكر أحد البينتين التاريخ (ولم يوقت الأخرى) أي البينة الأخرى (فهو لصاحب الوقت) وبه قال مـــالك والشافعي في قول ، وفي قول أحدهما سواء ، وبه قال أحمد (لثبوت ملكه) أي ملك صاحب الوقت(في ذلك الوقت واحتمل الآخر) أي الوقت الآخر (أن يكون قبله) أي قبل الوقت الأول (أو بعده) أو يكون بعد الوقت الأول ، فإذا كان كذلك (فلا يقضى له بالشك) لأن الحكم لا يثبت بالشك .

(وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو اولى) هـــذا كلام القدورى ، وقال المصنف (ومعناه) أى معنى كلام القدوري ومع أحدهما قبض (أنه في يده) أيالقبض ثابت في يده معاينة ، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان ، وهو في الحال في يد البائع ، ويجوز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا ، حيث ذكر في الذخيرة ثبوت يد أحـــدهما بالمعاينة (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ، ولأنهما) أي ولأن الاثنين (استويافي الاثبات ، فلا تنقض اليد الثابتة بالشك ، وكذا إذا ذكر الآخر وقتاً) أي إذا ذكر بينة الآخر وقتاً لم ينتفع به ولا يعلم فيه خلاف ، لأن القبض إذا وجـــد ولم ينتقض بالشك ووقت الآخر يحتمل ، فلا ينتقض اليد الثابتة بيقين (لما بيناه) أشار به إلى قوله لأن تمكنه من قبضه ... الخ .

إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبـــل شراء صاحب اليـد ، لأن الصريح يفوق الدلالة . قال وإن ادعى أحدهما شراء الآخر هبـة وقبضا معناه من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى ، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ، ولأنه يثبت الملك بنفسه ، والملك في الهبة يتوقف على القبض . وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا ، والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ، ولا ترجيع باللزوم ، لانه

(إلا أن يشهدوا) أي الشهود الخارج (أن شراءه كان قبـل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة) فإذا كان كذلك فينتقض به اليه .

(قال) أي القدوري (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضاً) أي ادعى هبة وقبضاً ، وهذا كلام القدوري . وقال المصنف (معناه من واحد) أي كلام القدوري من رجل واحد ، لأنه إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجـــل آخر يكون بينهما نصفين ، فلا يكون الشراء اولى ، وسيجيء ذلك (وأقاما بينة) إن أقام كل واحد بينة بما ادعاه (ولا تاريخ معهما) أي والحال أن واحداً منهما ليس معه تاريخ (فالشراء اولى ، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين) أي من جـانب البائع وجانب المشتري بخلاف الهبة فانها ليست بمعاوضة .

(ولأنه) أي ولأن الشراء (يثبت الملك بنفسه ، والملك في الهبة يتوقف على القبض) لأنها لا تتم إلا بالقبض (وكذا الشراء والصدقة مع القبض) يعني إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر ادعى الصدقة مع القبض (لما بينا) أشار بها إلى قوله لأن الشراء أقوي من الهبة (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع) والافتقار الى القبض (ولا ترجيح باللزوم) هذا جواب عما يقال لا نسلم التساوى ، فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة . وتقرير الجواب أنه لا ترجيـح باللزوم (لأنه

يرجع إلى المال ، والترجيح بمعنى قائم في الحال . وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح ، وكذا فيما يحتملها عنـــد البعض ، لان الشيوع طارىء . وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع . قـــال وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه

يرجع الى المال) أي مما يظهر أثره في ثاني الحال ، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل (والترجيح بمعنى قائم في الحال) يعني الأصل أن الترجيح إنمـا يكون بمعنى قائم في الحال لا في المال .

وقال شيـخ الإسلام علاء الدين ان الشراء أقوى من الهبة ، لأنه يقبل الملك بنفسه والهبة لا تقبل الملك بدون القبض ، وكذا الشراء أولى من الصدقة والرهن والنكاح عليها في قول محمد « رح » ، وكذلك قول أبي يوسف « رح » إلا في الشراء والنكاح فإنها تكون بينهما نصفين ، والرهن أولى من الهبـــة ، والصدقة والنكاح اولى من الهبة ، والصدقة والهبة سواء .

(وهذا) أي الحكم بالتنصيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة صحيح) كالحمام والرحى (وكذا فيما يحتملها) أي فيما يحتمل القسمة كالدار والبستان صحيح (عند البعض) لأن كل واحد يثبت استحقاقه في الكل ، إلا انه لأجل المزاحمة سلم له البعض (لأن الشيوع طارىء) فلا تبطل الهبة (وعند البعض لا يصح ، لانه تنفيذ الهبة في الشائـــع) وصار كإقامة البينتين على الارتهان ، قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، أمـــا عند أبي يوسف ومحمد فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين (وهذا أصح) أي قول البعض أصح ، يعني لا يصح في قولهم جميعاً ، لانا لو قضينا لكل واحـــد منهما بالنصف على قياس هبة الدار ، فإنمـــا يقضى بالعقد الذى شهد به شهوده ، وعند اختلاف العقد لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً ، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستعاد بالهبة مانع صحتها .

(قال) أي محمد « رح » (وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه)

فهما سواء لاستوائهما في القوة ، فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه ، وهذا عند أبي يوسف « رح » . وقال محمد الشراء أولى ، ولها على الزوج القيمة ، لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ، وتجب قيمته عند تعذر تسليمه .

صورته ادعى أحد الاثنين أنه اشترى هذا العبد من فلان ذي اليد ، وادعت امرأة أنه ، أي أن هذا المدعى علية تزوجها عليه أي على العبد ، واقام كل منهما البينة (فهما سواء) يعني المدعي والمرأة سواء ، يعنى يقضى بالعبد بينهما نصفين (لاستوائهما في القوة) أي في قوة الدعوة بالبينة ، ثم اوضح ذلك بقوله (فإن كل واحد منهما) أي من الشراء والتزوج (معاوضة يثبت الملك بنفسه) فتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق ، هذا إذا لم يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما سواء ، وإذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى .

فإن قيل الشراء مبادلة مال بمال موجب للضمان في الموضعين ، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب الضمان في المنكوحة ، فكان الشراء أقوى . قلنا بل النكاح أقوى من الشراء من وجه ، لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكداً حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم ، بخلاف الملك في المشترى ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض ، بخلاف المشترى فان لم يرجح جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة . ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج ، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقد إياه .

(وهذا) أي قوله فهما سواء ، أو يقضي بينهما (عند أبي يوسف رحمه الله . وقال محمد « رح » الشراء اولى ، ولها) أي للمرأة (على الزوج القيمة) أي قيمة العبد (لانه أمكن العمل بالبينتين) لان تصحيح البينات واجب ما امكن حسناً للظن بالشهود ، وذلك (بتقديم الشراء) فتحاً بسبق الشراء صح ، وصحة التسمية في النكاح ، لان التزوج على عبد الغير صحيح ، وهو معنى قوله (إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ، وتجب قيمته عند تعذر تسليمه) ومتى قلنا بسبق النكاح بطل البيع ، فاذا كان كذلك قلنا بسبق

وإن ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً وأقاما بينة فالرهن أولى ، وهــذا استحسـان . وفي القيـاس الهبـة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته . وجـه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون ، وبحكم الهبة غير مضمون ، وعقــد الضمان أقوى ، بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة ، فكذا الهبة بشرط العوض.

الشراء ، لأنه يقضي إلى تصحيح البينتين جميعــاً ، فكان الشراء اولى ، ووجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك ، لأن من تزوج امرأة على عبد الغــير صح ، ووجبت القيمة فكذلك هذا .

(وإذا [1] ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً وأقاما بينة فالرهن أولى ، وهذا استحسان . وفي القياس الهبة أولى ، لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته) لأن الرهن يثبت اليد ، والملك أقوى من اليد ، فكانت الهبة أولى .

(وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قلنا أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) أي المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون ، وعقد الضمان أقوى) لأنــه أكثر اثباتاً (بخلاف الهبة بشرط العوض ، لأنه بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن لأنه) أي لأن البيع (عقد ضمــان يثبت الملك صورة) أي من حيث الصورة في الحال (ومعنى) أي من حيث المعنى في المـال (والرهن لا يثبته) أي الملك (إلا عند الهلاك معنى) أي من حيث المعنى ، يعني إذا هلك حتى لو مات العبد المرهون يجب الكفن على الراهن دون المرتهن ، لأنــه لم يثبت ملكه ، وقوله (لا صورة) أي لا من حيث الصورة في الحال (وكذا الهبة بشرط العوض) أي وكذا أقوى من الرهن لما ذكرنا الآن .

---

(١) وإن ــ هامش .

وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبت أنه أولى المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته، ولم يتلق الآخر منه. قال ولو ادعيا الشراء من واحـــد معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه.

(فإن أقام الخارجان البينة على الملك) صورته إذا ادعى اثنان على آخر في عين وأقام كل منهما بينة على الملك يعني بأنه ملكه مطلقاً (والتاريخ) بأن شهد بينة كل منهما بالتاريخ (فصاحب التاريخ الأقدم أولى) فإن كان تاريخ أحدهما شهر مثلا ، وتاريخ الآخر بأكثر منه فيهما كان فالسابق في التاريخ أولى (لأنه أثبت أنه أول المالكين ، فلا يتلقى الملك إلا من جهته) أي إلا من جهة أنه أول المالكين (ولم يتلق الآخر منه) فلا شيء له.

(قال) أي القدوري (وإن ادعيا الشراء من واحد) أي ادعى كل منهما أنه اشترى هذه العين من واحد ، كذا قال القدوري. وقـــال المصنف « رح » (معناه) أي معنى قول القدوري من واحد (من غير ذي (١) اليد) قـــال الأترازي فيه نظر ، لأن معنى دعوى الشراء من واحد معنى تلقى الشراء من واحد لا من اثنين ، وذلك الواحـــد هو الثالث ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن تكون العين التي وقع فيها الدعوى في يد ذلك الثالث ، أو في يد أحدهما ، أو في أيديهما ، ولا معنى لقوله معناه من غـــير صاحب اليد انتهى. وقال الكاكي رحمه الله تعالى في تقييده بهذا القيد، معناه من غير صاحب اليد ليست زيادة فائدة ، فإن في هذا الحكم المرتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهـــا الشراء من صاحب اليد أو غيره بعد أن يكون البائع وجد او لا يعلم فيه خلاف ، ذكره في الذخيرة (وأقاما البينة على تاريخين) أي أو اقام المدعيان المذكوران بينة على تاريخين مختلفين (فالأول) أي صاحب التاريخ الأول (اولى لما بينا أنه اثبته في وقت لا منازع له فيه) أي في ذلك الوقت.

---

(١) صاحب ــ هامش.

وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر ، وذكرا تاريخاً فهما سواء ، لأنهما يثبتان الملك لبائعهما، فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل . ولو وقتت إحدى البينتين وقتاً ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين ، لان توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره . ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره ، والثالث الميراث من أبيه ، والرابع الصدقة والقبض من آخر فقضى بينهم أرباعاً ، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم

(وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء) أي على أن كل واحد اشترى (من آخر) أي أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلا ، وآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخاً) واحداً (فهما سواء ، لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ، فيصير كأنهما حضرا) وادعيا تاريخاً واحداً (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) ان كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك .

(ولو وقت أحد البينتين وقتاً ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين ، لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً ، لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ،فإذا أثبت أحدهما بالبينة تاريخاً يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره . ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر) أي وادعى الآخر (الهبة والقبض من غيره ، والثالث) وادعى الثالث (الميراث من أبيه والرابع) أي وادعى الرابع (الصدقة والقبض من آخر) واقاموا البينة (فقضى بينهم أرباعاً ، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم) وفي بعض النسخ من بايعهم كلاهما بطريق التغليب

فيجعـــل كأنهم حضروا وأقاموا البينـــة على الملك المطلق .

قال فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليـد بينة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى ، وهذا عند أبي حنيفـــة « رح » وأبي يوسف ، وهو رواية عن محمد . وعنه « رح» أنه لا يقبل بينة ذي اليد رجع إليه ، لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ، ولم يتعرضا لجهـــة الملك ، فكان التقدم والتأخر سواء .

لأن البائع واحد من المالكين الاربع ، فكان المراد من مملكتهم . وفي بعض النسخ من متلقيـــهم استدلالاً بلفظ يتلقون ، وكذا في نسخة شيخي العلاء رحمـــه الله (فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق) لأنهم استووا في دعوى الملك ، وقـــد اثبتوه بالحجة ، فيوزع بينهم .

(قال) أي القدوري « رح » (فان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة) أي أقام البينة (على ملك أقدم تاريخاً كان اولى) وقال المصنف « رح » (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » وهو رواية عن محمد « رح » ، وعنه) أي وعن محمد « رح » (أنه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه) أي رجع محمد إلى القول بأن بينة ذي اليد في الصور كلها لا تقبل إلا في النتاج ، وعند الأئمة الثلاثة بينة ذي اليد أولى في كل الوجوه لترجحها باليد . وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره أن محمداً رجع عن هـذا القول بعد انصرافه من الرقة . وقال لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ، ولا عـبرة للتاريخ إلا في النتاج وما في معناه ، لأن التاريخ ليس بسبب الأولية الملك ، بخلاف النتاج (لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ، ولم يتعرضا لجهة الملك) يعني بالشراء ونحوه ، وهو معنى قوله (فكان التقدم والتأخر سواء) يعني في التاريخ ، لأن التاريخ لا يدل على صفة الملك أولا وآخراً أو صار وجوده وعدمه سواء لا يملك على صفة الملك أولا وأخيراً ، فصار وجوده وعدمه سواء .

وقال الكاكي قوله لم يتعرضا لجهة الملك احترازاً عما لو قامتا على تاريـخ في الشراء

ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته ، وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة . وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بيناه . ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ، ووقت أحدهما دون الأخرى ، فعلى قول أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » الخارج أولى . وقال أبو يوسف « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » صاحب الوقت أولى ، لأنه أقدم ، فصار كما في دعوى الشراء

أو أحدهما أسبق فالأسبق أولى ، سواء كان البائع واحداً أو اثنين عندنا ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله (ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع) أي دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد اثبات تلقي الملك من قبله (فان الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقى من جهته) أي من جهة ذلك الشخص (وبينة ذي اليد على الدفع) أي دفع الخصومة (مقبولة) فان من ادعى على ذي اليد عيناً وانكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة .

(وعلى هذا الاختلاف) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد « رح » (لو كانت الدار في ايديهما) فتوقتا ، فصاحب الوقت الأقدم اولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا عبرة بالوقت (والمعنى ما بيناه) أراد به ما ذكره من الدليل في الطرفين .

(ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) يعني من غير ذكر سبب (ووقت إحداهما) أي أحد البينتين (دون الأخرى ، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أول لأنه اقدم) لأن بينته قد دلت على تقدم الملك ، فكانت اولى (فصار كما في دعوى الشراء

إذا أرخت إحداهمـــا كان صاحب التاريخ أولى . ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع ها هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته ، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما. ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة .وقال أبو يوسف الذي وقت أولى . وقال محمد الذي أطلق أولى ، لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض.

إذا أرخت احداهما) يعني إذا ادعيا من واحد وأرخ أحدهما يقضي للمؤرخ ، وهو معنى قوله (كان صاحب التاريخ أولى) .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أن بينة ذى اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع هاهنا) لأنه إنما يكون إذاتعين التلقي من جهة ، وهاهنا لم يتعين (حيث وقع الشك في التلقي من جهته) أي من جهة ذي اليد ، لأن يذكر تاريـخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهة الإمكان أن الاخرى إذا وقتت كانت اقدم تاريخاً (وعلى هذا) أي وعلى هذا الخلاف (إذا كانت الدار في أيديهما) وأرخت احداهما على ملك مؤرخ ،والاخرى على مطلق الملك فقط سقط التاريخ عند أبي حنيفة ومحمد «رح»خلافاً لابي يوسف فإنه يقول الذي وقت اولى .

(ولو كانت) أي الدار (في يد ثالث ، والمسألة بحالها) أي أرخت إحداهما فقط (فهما سواء عند أبي حنيفة) أي الخارجان سواء عنده ، وبه قـال الشافعي في الاصح ومالك واحمد .

(وقال أبو يوسف الذي وقت اولى . وقال محمد الذي اطلق اولى لانه) أي لان الإطلاق (إدعى أولية الملك) فيدل على ملك الاصل (بدليل استحقاق الزوائد)المتصلة كالسمن ، والمنفصلة كالاكساب والاولاد ، يعني إذا ادعى رجل ملكاًمطلقاً كانت الزوائد كلها له (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) أي وبدليل رجوع البائعين بعضهم على بعض عند استحقاق الملك .

ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق يحتمل غير الأولية ، والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء . ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم ، فسقط اعتباره ، فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق ، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث ، فيضاف إلى أقرب الأوقات ، فيترجح جانب صاحب التاريخ . قال وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى ، لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد، فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد ، فيقضى له وهذا

(ولأبي يوسف « رح » ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق) يعني من غير التاريخ (يحتمل غير الاولية ، والترجيح باليقين) يعني العمل باليقين راجح على المحتمل (كما إذا ادعيا الشراء) أولاً أحدهما دون الآخر ، كان صاحب التاريخ أولى .

(ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه) يعني يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أي اعتبار التاريخ (فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق) ولم يؤرخا كان بينهما (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف (لأنه أمر حادث) أي لأن الشراء أمر حادث باتفاقهما عليه . وإذا كان كذلك (فيضاف إلى أقرب الاوقات) لأنه لا بد للحدوث من التاريخ (فيترجح جانب صاحب التاريخ) فيرجح المؤرخ .

(قال) القدوري (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى) سواء أقامها قبل القضاء للخارج أو بعد القضاء له ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . وقال الشافعي في وجه بينة الخارج اولى بعد القضاء له ، لأن ملك اليد يقضي بزوالها ، فلا ينقض القضاء . وقال في الأصح بينة ذي اليد أولى بعد القضاء للخارج وقبله . وقال ابن أبي ليلى بينة الخارجة أولى (لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد) أي النتاج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد ، فيقضى له ، وهذا) أي ما ذكر من القضاء الذي

هو الصحيح ، خلافاً لما يقول عيسى بن ابان « رح » أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه . ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان، لأن بينته

اليد (هو الصحيح ، خلافاً لما يقوله عيسى بن ابان « رح » انه تتهاتر البينتان ويترك في يده) أى في يد ذي اليد (لا على طريق القضاء) بل لعدم القضاء بالخاص .

حاصل الكلام أن عيسى بن ابان « رح » يقول عندي في النتاج تتهاتر البينتان لتيقن القاضي بكذب إحداهما ، إذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين ، فصار كأنهما لم يقيما بينة ولو لم يقيما بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك ، حتى يحلف ذو اليد له الخارج ، كذا هاهنا ، وهذا ليس بصحيح ، فإن محمداً ذكر في خارجين أقاما بينة على النتاج أنه يقضى بينهما نصفين ، ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد ، فعلم أن القضاء لذي اليد قضاء استحقاق ، حتى لا يحلف ذي اليد ، كذا في الذخيرة والمبسوط .

(ولو تلقى كل واحد منهما) أي من صاحب اليد والخارج (الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده) أي عند الرجل ، كذا قاله الكاكي « رح » . وقال الاكمل «رح» عند من تلقى منه . وفي الذخيرة صورة المسألة عبد في يد رجل ادعاه آخر أنه عبده اشتراه من فلان وانه ولد له في ملك فلان الذي باعه وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة انه عبده واشتراه من فلان يريد رجل آخر ، وانه قد ولد في ملك فلان الذي باعه قضي لذي اليد ، لأن كل واحد خصم في إثبات نتاج بائعه كما هو خصم في إثبات ملك بائعه . ولو حضر البائعان وأقام البينة ، على النتاج كان ذو اليد اولى ، فهذا مثله . وهذا معنى قوله (فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه) فيقضى به لذي اليد .

(ولو أقام أحدهما البينة على الملك) المطلق (والآخر) وأقام آخر البينة (على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) يعني سواء كان صاحب اليد أو الخارج (لأن بينته)

قامت على أولية الملك ، فـــلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهتـه ، وكذلـك إذا كانت الدعوى بـين خارجين فبينـــة النتاج أولى لما ذكرنا . ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد ، لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية ، وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به ، لأنه بمنزلة النص ، والأول بمنزلة الاجتهاد . قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مـرة كغزل القطن ،

أي بينة صاحب النتاج (قامت على أولية الملك ، فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته) أي من جهة صاحب النتاج (وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لمـا ذكرنا) أي يد على اولية الملك .

(ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد) على النتاج (لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية) لان المقضي بـــه الملك بالبينة في حق شخص لا يقضى ثبوته في حق آخر (وكذا المقضي عليه بالملك المطلق) يعني ادعى الخارج وذو اليد الملك المطلق وبر هنا ، فقضى على ذي اليد بالملك عندنا خلافاً للشافعي ومالك . ثم أن ذي اليد المقضى عليه بالملك المطلق (إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به)الأول(لانــه بمنزلة النص والاول بمنزلة الاجتهاد) أي نص يدل بخلاف الاجتهاد، فينتقض الاجتهاد به ، فكذا هنا فسره الكاكي « رح » . وقال الاكمل لانه بمنزلة النص لدلالته على الاولية قطعاً ، فكان القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص .

(قال) أي القدوري « رح » (وكذا النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن) هذا عطف على قوله وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج ،

وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخـــاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف . وإن كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة

فصاحب النتاج أولى ، يعني كذا الحكم إذا أقاما البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن كان ذو اليـــد اولاً ، لان ما لا يتكرر في معنى النتاج وهو لا يتكرر .

وفي المحيط النتاج عبارة عن اولية الملك وكل سبب يشعر بأولية الملك فهو كالنتاج ، وكل ما يتكرر وفيه سبب الملك ويضع مرتين لم يكن في معنى النتاج وإن كان مشكلاً ، بل يتكرر أم لا في رواية أبي حفص يلتحق بما يتكرر . وفي رواية أبي سليمان لا يلحق بما يتكرر ، فالبناء وغرس الشجر والقطن النائب وزرع الحنطة والجوب يتكرر ،وتشوية اللحم وكتابة المصحف واحتياط الدار وضرب اللبن والخياطة والقطع والحشور والصباغة يتكرر أيضاً ، لان هذه الاشياء تفعل مرتين ، واتخاذ الجبن والطحن وجز الصوف وغزل القطن لا يتكرر ، والنج في الثوب المتخـــذ من غزل القطن والإبريسم لا يتكرر ، وفي الثوب المنسوج من الصوف والشعر يتكرر .

(وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر) يعني يقضى به لذي اليد (لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى) بكسر الميم والعين ، فإذا شدت الزاي قصرت ، وإذا خففت مدت. وقــد يقال مرعزا بفتح الميم مخففاً ممدوداً ، وهي كالصوف تحت شعر الغنم ، والميم فيه زائدة (وجز الصوف) بأن أقام رجل البينة أن صوفه جزه من غنمه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك كان ذو اليد اولى .

(وإن كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق ، وهو مثل الخز) وهو بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاي وهو اسم دابة ، ثم سمي الثوب المتخـــذ من وبره خزا ، قيل وهو نسيج، فاذا بلي يغزل أخرى ثم ينسج (والبنـاء والغرس وزراعة الحنطـــة

والمحبوب ، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة ، لأنهم أعرف به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج ، لان القضاء ببينته هو الأصل، والعدول عنه بخبر النتاج، فإذا لم يعلم يرجع إلى الاصل ، قال وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى ، لان الاول وإن كان يثبت أولية الملك فهذا تلقى منه ، وفي هذا لا تنافي ، فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه ، قال وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر

والحبوب ، فان اشكل) بأن لم يدر هل يكرر أم لا (يرجع إلى أهل الخبرة ، لانهم أعرف به) والواحد منهم يكفي ، والاثنان أحوط . قال الله تعالى ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ ٤٣ النحل (فان أشكل عليهم) أي على أهل الخبرة (قضى به للخارج ، لان القضاء ببينته) أي ببينة الخارج (هو الاصل) عندنا (والعدول عنه)أي عن الاصل (بخبر النتاج) وهو ما روى انه عليه السلام قضى في تقارض بينتي الخارج لذي اليد، وهذا رواه محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة انها ناقته ينحها عنه ، وأقام الذي هي في يده البينة انها ناقته فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يديه (فاذا لم يعلم يرجع إلى الاصل) وهو بينة الخارج .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه) أي من الخارج (كان صاحب اليد اولى ، لان الاول) أي الخارج (وإن كان يثبت اولية الملك فهذا) أي ذو اليد (تلقى منه ، وفي هذا لا تنافي) بين الامرين ، فيقضى ببينة ذي اليد (وصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه) فيقضى ببينته .

(قال) اى القدوري « رح » (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر

ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان و تترك الدار في يد ذي اليد، قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ، ويكون للخارج ، لان العمل بهما ممكن ، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم بـــاع ولم يسلم ، لان القبض دلالة السبق على ما مر ، ولا يعكس الامر ، لان البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده

ولا تاريخ معهما تهاترت) اى تساقطت (البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد ، قال) اى المصنف رحمه الله (وهذا عند ابي حنيفة « رح » وابي يوسف وعلى قول محمد « رح » يقضى بالبينتين ، ويكون للخارج ، لان العمل بهما) أي بالبينتين (ممكن) وذلك بأن يجعل كأن ذي اليد قد اشتراها من الآخر وقبض ثم باع ولم يقبض،وهو معنى قوله(فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أى من الخارج (ولم يسلم) اليه (لان القبض دلالة السبق على ما مر) من قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه (ولا يعكس الامر) أي لا يجعل كأن الخارج اشتراه من ذي اليد اولا ثم باعه من ذي اليد،لان في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض ، فلا يجعل كذلك .

(لان البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده) أي عند محمد « رح » ، وإيضاح هذه المسألة فيما قال شيخ الإسلام « رح » في مبسوطه إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من جهة صاحبه ، كدار في يد رجل جاء رجل وادعى أنه اشتراها من الخارج اليد بألف درهم ونقده الثمن، وادعى ذو اليد انه اشتراها من الخارج بخمسمائة درهم ونقده الثمن ، وأقاما جميعاً البينة على ما ادعيا ، فهذا لا يخلو من أربعة اوجه إن لم يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما سواء ، أو أرخ أحدهما أسبق دون الاخر ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأبي يوسف رحمه الله تعالى تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قضاء ترك لاقضاء استحقاق ، سواء شهد الشهود بالشراء والقبض جميعاً أو شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض .

ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع ، فصار كأنهما قامتا على الإقرارين ، وفيه التهاتر بالاجماع ، كذا ها هنا . ولان السبب يراد لحكمة وهو الملك ، وها هنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق ،

وعند محمد « رح » تقبل البينتان جميعاً ويقضي بعقدين إلا إنهم إن شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض ، فإن شراء ذي اليد يقدم على شراء الخارج ، فيجعل كأن ذا اليد اشترى أولاً من الخارج قبض ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه ، فيؤمر بالتسليم إلى الخارج وإن شهدوا بالقبض والشراء جميعاً فإنه يقدم شراء الخارج على شراء ذي اليد كان الخارج اشترى أولاً من ذي اليد وقبض ثم باع من ذي اليد بعد ذلك وسلم إليه فيقضى لذي اليد شراء من الخارج .

(ولهما) لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الإقدام على الشراء إقرار منه)أي من المشتري (بالملك للبائع ، فصار كأنها) أي كأن الشهادتين (قامتا على الإقرارين) يعني صار هذا بمنزلة ما لو قام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بالملك . فلو كان كذلك تهاتر الإقراران جميعاً ، لأن الثابت من الأقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة . ولو عاينا إقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه فأبطلنا الإقرارين جميعاً ، وهذا مثله يعني أن شهود كل واحد منهما لم يشهد بالتاريخ ، وكل واحد منهما لم يشهدوا به التاريخ ، وكل إقرارين ظهرا ولا يعرف أحدهما جعلا لأنهما وقعا معاً ، فبطلا للمنافاة بينهما (وفيه التهاتر بالإجماع) قال تاج الشريعة قبل ذكر الإجماع وقع سهواً لأن عند محمد « رح » بينة ذي اليد أولى ، وكذا في الجامع ، وفي المنظومة حيث قال وذو اليد المالك منهما اثبتا قبضين ، والخارج مهما سكتا (كذا هاهنا) أي فكذا ما نحن فيه من تهاتر البينتين .

(ولأن السبب يراد لحكمة وهو الملك) هذا جواب عن قول محمد « رح » يعني أن السبب إذا كان مقيداً للحكم يعتبر ، وإلا فلا ،وهاهنا السبب وهو شراء كل منهما من صاحبه لا يفيد الحكم وهو الملك ، لأن القضاء بالملك لأحدهما لا يمكن إلا على وجه يستحق عليه صاحبه (وهاهنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق) أي بملك استحقه الخارج

فبقي القضاء له بمجرد السبب ، وانه لا يفيده ، ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما إذا استويا بالوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد « رح » للوجوب عنده . ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالإجماع ، لان الجمع غير ممكن عند محمد « رح » لجواز كل واحد من البيعين ، بخلاف الاول .

عليه ، فإذا كان كذلك (فبقي القضاء له) أي لذي اليد (بمجرد السبب) دون الحكم (وإنه) أي وإن القضاء بمجرد السبب دون الحكم (لا يفيده) فلا يجوز .

(ولو شهدت البينتان) المذكورتان (على نقد الثمن) في شراء كل منهما الآخر بألف مثلا (فالألف بالألف قصاص عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (إذا استويا)أي الثمنات في الجنس والصفة (بالوجود قبض مضمون من كل جانب وإنلم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص) أي المقاصة (مذهب محمد « رح » للوجوب عنده) أي لوجوب الثمن عند محمد « رح » لأن البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب .

(ولو شهد الفريقان) أي فريقا شهود الخارج وذي اليد (بالبيع والقبض تهاترا)أي تساقطتا (بالإجماع) لكن على اختلاف التخريج ، فعندهما باعتبار أن دعواهما هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه . وفي مثل هذا يتهاتر الشهود ، فكذلكهاهنا .

وأما عند محمد هو قوله (لأن الجمع) أي امكان العمل بهما (غير ممكن عند محمد « رح » لجواز كل واحد من البيعين) باعتبار أنهم لماأثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزاً وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فتساقطتا للتعارض فتبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت ، فصار كأنهم لم يشهدوا (بخلاف الاول) وهو ما إذا لم يشهدوا بالقبض حق يقضي بالبينتان ، وتكون للخارج عنده ، لأن الجمع بين البينتين ممكن ، لأنا لو جعلنا بيع الخارج لاحقاً يلزم البيع قبل القبض ، وهو لا يجوز فيجعل بيعه سابقاً .

وإن وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليــد عندهما ، فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليــد ، وهو جائز في العقار عندهما ، وعند محمد « رح » يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض ، فبقي على ملكه . وإن أثبتا قبضــا يقضى لصاحب اليــد ، لان البيعين جائزان على القولين . وإذا كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين ، فيجعل كأنه اشتراه ذو اليــد وقبض

وفي الكافي وهذا يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما ، فإنه ذكر فيها لو شهدوا بالعقد والقبض يقضى بالبينتين عنده لذي اليد ، إذ العمل بالبينتين ممكن بأن يجعل كان ذي اليد باعها وسلمها ، ثم الخارج باعها وسلمها ، بخلاف ما إذا لم يذكروا القبض حيث يقضي بها للخارج ، لأنهما ما اثبتا القبض بالشهادة ، وقد ثبت القبض عياناً وهي دلالة السبق ، فجعلنا ذا اليد مشترياً من الخارج أولاً ، وقد قبضها ثم باعها من الخارج ، فيؤمر بتسليمها اليه .

(وإن وقتت البينتان في العقار) فيه العقار لتظهر ثمرة الخلاف كما ذكر (ولم يثبتا قبضاً ، ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما) أي عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » (فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد ، وهو) أي البيع قبل القبض (جائز في العقار عندهما ، وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه) أي بيع العقار (قبل القبض ، فبقى على ملكه ، وإن اثبتا قبضاً يقضى لصاحب اليد ، لأن البيعين جائزان على القولين) أي قولهما وقول محمد «رح» .

(وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين) أي في الوجه الذي شهدوا بالقبض في الوجه الذي لم يشهدوا به (فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض) كأنه

ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر . قال وإن أقام أحـــد المدعيين شاهـدين ، والآخر أربعة فهما سواء ، لان شهادة كل شاهدين علة تامة ، كما في حالة الانفراد ، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف .

اشتراه (ثم باع ولم يسلم) أي المشتري (أو سلم ثم وصل اليه) أى إلى ذي اليد (بسبب آخر) من عارية أو إجارة .

(قال) أي القدوري «رح» (وإن أقـام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة) أي وأقام المدعي للاخر أربعة من الشهود (فهما سواء) يعني لا يترجح أحـــد المدعيين على الآخرين بزيادة العدد في بينته، وبه قال الشافعي في الجديد ومالك في المشهور عنه وأحمد وقال الشافعي في القديم ومالك في رواية ترجح بزيادة العدد ، لأن القلب إلى قولهم أميل وعنـد مالك يرجح بزيادة العدالة ، فيقضى بأعدل البينتين (لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الإنفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل ، بل بقوة فيها) أي بل الترجيح بقوة فيها ، أي في الشهادة والترجيح عبارة عن تقوية أحد الطرفـــين على الطرف الاخر ليعمل بـــه ، والتقوية بالوصف يكون ، وهو معنى الصدق في الشهادة ، وذلك في أن يتعارض شهادة المستور مع شهادة العدل بأن أقام أحد المدعيين مستورين والاخر عدلين فإنه يترجح الذي شهد له العدلان بظهور ما يوكد معنى الصدق في شهادة شهوده، وكذلك في النسب والنكاح لو ترجح حجـة الخصمين باتصال القضاء ، لأن ذلك مما يؤكد ركن الحجة ، فان لقضاء القاضي يتم معنى الحجة في الشهادة ، ويتبين جانب الصدق ، وعلى هذا قلنا في العلتين إذا تعارضتا لا يترجح أحدهما بانضمام علة أخرى اليها وإنمـا يترجح بقوة الاخر فيها إذ به يتأكد ما هو الركن في صحة العلة ، وكذلك الخبران إذا تعارضا لايترجح أحدهما على الاخر بخبر آخر ، بل بما فيه يتأكد معنى الحجة ، وهو الاتصال برسول الله ﷺ ، ويترجح بحفـــه الراوي وحسن ضبطه واتقانه ، لأنه يتقوى بـــه ، يعني الاتصال برسول الله ﷺ على الوجه الذي وصل الينا بالنقـــل (على ما عرف) أي في أصول الفقه .

قال وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ، ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة « رح » اعتباراً بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف ، فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما . وقالا هي بينهما أثلاثاً ، فاعتبرا طريق العول والمضاربة وصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين ، وصاحب النصف بسهم فيقسم أثلاثاً

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا كانت داراً في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والاخر نصفها **وأقاما** البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتباراً بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم له) أي النصف (بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الاخر فينصف بينهما) **توضيح** ذلك انا نحتاج إلى حساب له نصف ، ولنصف نصف صحيح ، وأقل ذلك أربعة أسهم ، فأصل الدار على أربعة اسهم ، يقول لا منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف وهو سهمان ، ويدعيه صاحب الجميع فيكون له نصف الدار ، فيبقى النصف وذلك سهمان استوت منازعتهما فيه ، فيصير بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم ، فقد جعل المدعي الجميع مرة سهمان بلا منازعة ، وسهم مع المنازعة ، وذلك ثلاثة أرباع الدار ، فكان له ثلاثة اسهم ، ولمدعي النصف سهم .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (هي) أى الدار (بينهما) أي بين المدعين (أثلاثاً ، فاعتبرا طريق العول) والعول في اللغة الارتفاع ومنه عالي الميراث ، وذلك إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكتفي آخر به المجموع لذلك ، فيحتاج إلى العول .

(والمضاربة وصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد ، فيقسم أثلاثاً) إيضاح ذلك أن يدعي الجميع يضرب بالكل والأخر بالنصف ، فاجعل

ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر ، وقد ذكرناها في الزيادات

الدار على سهمين لحاجتك إلى النصف يضرب مدعي الجميع بالكل،وذلك سهمان،ومدعي النصف بالنصف وذلك سهم ،فتصير الدار بينهما على ثلاثة أسهم ثلثا الدار لمدعى الجميع والثلث لمدعى النصف ، وفي الميراث يقسم على طريق القول بالإجماع كما في امرأة ماتت وتركت زوجاً وأخت لاب ، وأم واختاً لأن للزوج النصف والاخت لاب وأم النصف وللأخت من الاب السدس تكملة للثلثين ، فتقول الفرضية إلى سبعة ، وكانت في الأصل من ستة ، وكذلك هنا على قولهما .

(ولهذه المسألة نظائر) أي أشباه (وأضداد) يعني الخلاف فيه على عكس هـــذا عندهما يقسم على طريق المنازعة ، وعنده على طريق العول (لا يحتملها) أى النظائر والاضداد (هذا المختصر) أراد به الهداية (وقد ذكرناها) أى الاشباه والاضداد (في الزيادات) أى في الكتاب الذي جمعه وسماه الزيادات .

أعلم أن جنس القسمة على أربعة أنواع ، أحدهما ما يقسم على طريق القول إجماعاً وهي ثمان مسائل :

الأولى : التركة إذا لم تعرف بالديون ، فإن أصابها يقسمونها فيا بينهم بطريق العول .

الثالثة : [1] إذا أوتي بثلث ماله لرجل وبربعه لرجل وبسدسه لرجل ولم تجز الورثة على حالة الوصايا إلى الثلث يقسم الثلث بينهم على العول .

الرابعة : الوصية بالمحاباة لهما بثلاثة آلاف درهم ، فإنه يقسم المحـــاباة بين الموصى لهما ثلاثاً بطريق العول .

الخامسة : الوصية بالعتق،وصورتها اوصى أن يعتق من هذا العبد نصفه ، وأوصى بأن يعتق من عبد آخر ثلثه وذلك لا يخرج من ثلث المال ، فيقسم الثلث بينهما بطريق العول فيسقط من كل واحد حصته من السعادة .

---

(١) هكذا في الأصل لم يذكر الثانية ، أ هـ مصححه .

السادسة : الوصية بالألف مرسلة ، أي مطلقة ، والآخر بالغبن ، كذلك يكون الثلث بينهما بطريق العول .

السابعه : عبد فقأ عين رجل حر وقتل آخر خطأ يقسم الجاني بينهما على سبيل العول ثلثاه لولى القتل ، وثلثه للآخر .

الثامنة : مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت قيمته إلى ولي الجنـايتين تكون القسمة بينهما بطريق العول .

النوع الثاني : ما يقسم بطريق المنازعة إجماعاً ، وهي مسألة واحدة فضولي باع عبد الغير من رجل ، وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين ، فاختار المشتريان الأخذ يكون المشتري الكل ثلاثة أرباعه ، ولمشتري النصف الربع بطريق المنازعة .

النوع الثالث : ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة ، وعندهما بطريق العول وهي ثلاثة ، مسألة الكتاب .

والثانية : إذا أوصى لرجل بجميع ماله وأجازه الورثة .

والثالثة : إذا أوصى لرجـــل بعبد بعينه ، ولآخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره .

النوع الرابـــع : بطريق العول عند أبي حنيفة ، وعندهما بطريق المنازعـــة وهي خمس مسائل :

أحدها : عبد مأذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة فدين المولى يسقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده ، ويثبت نصفه الذي في نصيب شريكه ، فإذا بيع بالدين يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرناه .

والثانية : إذا أدانه أجنبيان ، أحدهما مائة والاخر مائتان يقسمان عنه على هذا .

والثالثة : عبد قتل رجلاً خطأ ، وآخر عمداً ، وللمقتول عمداً أوليان فعفى أحدهما فدفع بها كان على الخلاف المذكور .

والرابعة : لو كان الجاني مدبراً على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك .

قال ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ، ونصفها لا على وجه القضاء ، لأنه خارج في النصف ، فيقضى ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه ، لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له ،

والخامسة : أم ولد قتلت مولاها واجنبياً عمداً ولكل واحد منهما وليان ، فعفى ولي كل واحد منهما على التعاقب فانها يسعى في ثلاثة أرباع قيمتها ، فتقسم بين الساكنين فيعطوا الرابع لشريك العافي، فآجرا والنصف الاخر بينه وبين شريك العافي أولاً أثلاثاً، ثلثاه لشريك العافي أولا ، والثلث لشريك العافي آخراً عنده ، وعندهما أربعاً .

أما الأضداد فهي ثلاث مسائل :

أحدها مدبر قتل رجلا خطأ وآخر عمداً وله وليان ، فعفى أحدهما فدفع المولى قيمته كانت القيمة عنده بين ولي الخطأ والذي لم يعف أثلاثاً على طريق العول ، وعندهما أرباعاً على طريق المنازعة .

والثانية : ما إذا كان القاتل عبداً ووقع المولى بالجنايتين .

والثالثة : عبد بين رجلين إذ ناله في التجازة ، وقد مرت هذه الثلاث مسائل في النوع الرابع بطريق العول .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولو كانت الدار في أيديهما) ادعى أحدهما نصفها ، والآخر كلها (سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء) وبه قال أحمد . وقال الشافعي « رح » في رواية مالك تبقى الدار في أيديهما كما كانت، وبه قال أحمد « رح » في رواية (لأنه) أي لأن صاحب الجميع وهو مدعي الجميع (خارج في النصف) الذي في يد صاحبه ويرهنا (فيقضى ببينته) أي ببينة صاحب الجميع (والنصف الذي في يده) أي في يدي صاحب الجميع (صاحبه لا يدعيه ، لأن مدعاه النصف) فإذا كان كذلك سلم النصف الذي في يد صاحب الجميع ، فسلم ذلك النصف له بلا قضاء وهو معنى قوله (وهو في يده سالم له) أي والنصف الذي في يد صاحب الجميع.

ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى ، فيترك في يده . قال وإذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ، لأن الحال تشهد له ، فيترجح . وإن أشكل ذلك كانت بينهما ، لأنه سقط التوقيت ، فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً . وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان ، كذا ذكره

(ولو لم ينصرف اليه) أي إلى النصف ، قال تاج الشريعة هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال لا نسلم أن دعواه في النصف الذي في يده حتى يسلم له ، بل حقه ثابت في الكل. فأجاب عنه بأنه لو لم ينصرف اليه (دعواه) أي إلى النصف الذي في يده (صار ظالماً بإمساكه) والأصل أن لا يحمل فعل المسلم على الظلم والفساد إذا أمكن حمله على الصحة والسداد .

(ولا قضاء بدون الدعوى) لأن دعوى صاحب النصف ينصرف إلى النصف الذي في يده ولم توجد الدعوى من صاحب النصف في النصف الذي في يد صاحب الجميع ، وإذا كان كذلك لا قضاء بدون الدعوى (فيترك في يده) أي يترك النصف الذي في يد صاحب الجميع لا على وجه القضاء .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (وإذا تنازعا في دابة) والدابة في يد ثالث (وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده) قال الجوهري نتجت الناقة على ما لم يسم فاعله نتج نتاجاً وقد نتجها أهلها نتجاً (وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أي لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال ، وهو معنى قوله (لأن الحال تشهد له) فإذا كان كذلك (فيترجح) أي صاحب اليد .

(وإن أشكل ذلك كانت بينهما) أي وإن أشكل سن الدابة كانت بينهما (لأنه سقط التوقيت) لأنه لا دلالة فيه فكأنهما أقاما البينة على النتاج (فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً. وإن خالف سن الدابة الوقتين) أي في دعوى الخارجين (بطلت البينتان ، كذا ذكره

الحاكم الشهيد « رح » ، لأنه ظهر كذب الفريقين ، فتترك في يد من كانت في يده . قال وإذا كان العبد في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما .

فصل في التنازع بالأيدي

قال وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها

الحاكم الشهيد « رح » لأنه ظهر كذب الفريقين ، فتترك في يد من كانت في يده) وقال في شرح الأقطع فإن خالف سن الدابة الوقتين قضى لصاحب اليد ، ثم قال : قال الحاكم الشهيد « رح » الصحيح أن تبطل البينتان .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي « رح» في شرح الكافي للحاكم الشهيد «رح» وإن كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين ، لأنه لم يثبت الوقت فصار كأنهما لم يوقتا . وفي رواية أبي الليث الخوارزمي إذا كانت الدابة على غير الوقتين فالبينتين باطلة لأنه ظهر كذبهما . في المبسوط من مشايخنا من قال تبطل البينتان والأصح ما قاله محمد « رح » وهو أن الدابة بينهما في الفصلين ، يعني اذا كان سن الدابة مشكلة ، وفيما إذا كانت غير الوقتين في دعوى الخارجين ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان العبد في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما) في سبب الاستحقاق ، وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب ، فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتهاوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق .

(فصل في التنازع بالأيدي)

أي هذا فصل في بيان حكم التنازع بالأيدي . ولما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرح في بيان وقوعه بظاهر اليد .

(قال) أى القدوري رحمه الله (وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق

فالراكب أولى ، لأن تصرفه أظهر ، فإنه يختص بالملك ، وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى ، بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف ، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى ، لأنه هو المتصرف ،قال: وكذا إذا تنازعا في قميص، أحدهما لابسه ، والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى ، لأنه أظهرهما تصرفاً .

بلجامها فالراكب أولى) ولا خلاف فيه بين الائمة الأربعة ، وفي الذخيرة لو تعلق أحدهما بلجامها والآخر بذنبها فالمتعلق باللجام أولى ، لأنه لا يتعلق باللجام غالباً الا الملاك ، أما الذنب فقد يتعلق به غيره (لأن تصرفه) أي تصرف الراكب (أظهر فانه يختص بالملك وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج ، والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى) من الرديف ، وكذا اذا تنازعا في الدار وأحدهما ساكنها والآخر أخذ بحلقة الباب أن الساكن اولى .

وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كانا جميعاً راكبين أحدهما في السرج والآخر خارج السرج قضي بالدابة بينهما بالإجماع . وروى عن أبي يوسف « رح » انه قال يقضى بالدابة للراكب في السرج . ونقل الناطفي « رح » في الأجناس عن نوادر العلي رجلان على دابة أحدهما راكب في السرج والآخر رديف فادعى الدابة ، ففي الراكب السرج ، فان كان في السرج فهي بينهما نصفان ، فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي والأجناس أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفان، وما ذكره المصنف بقوله وكذا إذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى من الرديف ، فذلك على رواية النوادر .

(بخلاف ما إذا كانا راكبين) أي في السرج (حيث تكون) أي الدابة (بينهما لاستوائهما في التصرف، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما وللآخر كوز معلق ، فصاحب الحمل أولى ، لأنه هو المتصرف . قال) أي القدوري رحمه الله (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى ، لأنه أظهرهما تصرفاً .

ولو تنازعا في بساط ، أحدهما جالس عليه ، والآخر متعلق به فهو بينهما ، معنـــاه لا على طريق القضـاء ، لأن القعود ليس بيـد عليه فاستويا . قال وإذا كان ثوب في يـد رجـل وطرف منـه في يـد آخر ، فهو بينهما نصفان ، لأن الزيادة من جنس الحجـــة ، فلا يوجب زيادة في الاستحقاق . قال وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن

ولوتنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) هذا لفظ القدوري. وقال المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى ما قال القدوري (لا على طريق القضاء) يترك في يدهما (لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا) أي لأن اليد على البساط لا تثبت إلا بالنقل والتحويل أو يكون في يده حكماً بان كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك ، ولهـــذا لا يصير غاصباً بمجرد القعود عليه ، بخلاف الركوب على الدابة ، فإنه يصير غاصباً بمجرد الركوب عليه بغير الإذن.

(قال) أي محمد (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منـــه في يد الآخر فهو بينهما نصفان ، لأن الزيادة من جنس الحجة) لأن كل واحد تتمسك باليد ، إلا أن أحدهما اكثر استمساكاً (فلا يوجب زيادة في الاستحقاق) كما لو تنازعا في دابة ولواحد عليها مائة من والآخر خمسون منـــا كانت بينهما نصفين ، وكما لو أقام أحـــدهما اثنين من الشهود والآخر أربعة .

فإن قيل يشكل على هذا الذي ذكره بعده وإن كان جـــذوع أحدهما أقل من ثلاثة والآخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ، حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة للترجيح ، إذ الشاهد من الطرفين وضع الجذع . واجيب بان وضع الخشبة حجة لثبوت الاستعمال فلا يترجح بزيادة الخشبات ، لأن الحجة لا تترجح بزيادة من جنسها وفيه تأمل .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبرعن

نفسه فقال أنا حر فالقول قوله ، لأنه في يد نفسه ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده، لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها ، وهو بمنزلة متاع ،

نفسه) والحال أنه يعبر عن نفسه ، أي يتكلم ويعقل ما يقول (فقال انا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه) وفي الذخيرة ادعيا عبداً وهو في أيديهما ، فإن كان العبد لا يعبر عن نفسه ، فالقاضي لا يقضي لاحدهما بالملك ما لم يقم البينة ، ولكن يجعله في يديهما لأنه إذا لم يعبر عن نفسه فهو والبهيمة سواء ، وعرف القاضي يدهما ولا يعرف الملك لهما فيحكم باليد دون الملك ، وعند الثلاثة يحكم بالملك أيضاً ، لأن اليد عليه دليل الملك ، وإن كان العبد يعبر عن نفسه وقال انا حر فالقول له ولا يقضى لهما بشيء ، وبه قال الشافعي«رح» في وجه وأحمد « رح » في رواية . وفي وجه قال هذا كالذي لا يعبر عن نفسه ، وبه قال أحمد في رواية ، ولو قال أنا عبد أحدهما لم يصدق ، وهو عبدهما .

(وإن قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده، لأنه أقر بانه لا يد له حيث أقربالرق و إن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده ، لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها ، وهو بمنزلة المتاع [1]) لا يد له على نفسه ، واعترض باللقيط إذا ادعى في لقيط لا يعبر عن نفسه ، فانه لا يكون عبداً ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد ، أجيب بأن يد الملتقط ثابت من وجه دون وجه ، فلم تصح الدعوى منه بالشك ، بخلاف غيره لأن يده عليه ثابتة ، فتصح الدعوى منه .

فإن قيل وجب أن لا يصدق في دعوى الرق ، لأن الحرية هي الأصل ، والرقعارض فلا تقبل إلا بالحجة ، أجيب بأنه اعترض على الأصل ما يدل على خلافه ، فيبطل الأصل وفيه نوع تأمل .

---

(١) متاع – هامش.

بخلاف ما إذا كان يعبر ، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله ، لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره . قال وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء ، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال ، والآخر صاحب تعلق

(بخلاف ما إذا كان يعبر) أي عن نفسه ، فانه إذا قال أنا حر فالقول قوله كما مر (فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله ، لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره) فلا تزول يد من هو في يده إلا بدليل .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه) أو الحائط متصل ببنائه (وللاخر عليه) أي على الحائط (هرادي) وهو جمع هردية قصبات تضم ملتوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم [1] كذا في ديوان الادب ، ولكن صحح فيه الهاء والحاء جميعاً . وفي الصحاح الحردي من القصب فهو نبطي معرب ، ولا يقال الهردي . وفي مختصر الكرخي الحردي بالحاء وفي الجمهرة لأن الحردي مد في باب الحاء والدال والراء ، أما الذي تسمية البصريون الحردي من القصب فهو ينظر معرب . وقال صاحب الديوان ايضاً الحردي واحد حرادي القصب فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والحاء جميعاً . وقال الاترازي والرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد . وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير . وفي دستور اللغة هرادي السقف خشبابه بالفارسية . وفي المغرب يقال له بالفارسية ورديك (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال ، والهرادي ليست بشيء ، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال ، والآخر) أي صاحب الهرادي (صاحب تعلق به) أي بالحائط ، لأن الحائط يبنى لوضع الجذوع عليه دون وضع الهرادي ويظن المصنف رحمه الله تعالى هذا

---

(١) في الاصل ـ قضيان الكرب ـ والتصحيح من شرح فتح القدير ، أ هـ مصححه .

فصار كدابة تنازعا فيهـــا ، ولاحدهما عليها حمل ، وللآخر كوز معلق . والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هـــذا في جداره وقـــد يسمى اتصال تربيع . وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط ، وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلاً . وكذا البواري ، لان الحائط لا يبنى لهما أصلاً ، حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليـــه

بقوله (فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليه حمل ، وللاخر كوز معلق) حيث تكون الدابة لصاحب الحمل ، وللاخر نوع تعلق بها ، ولكن لا يؤمر برفع الهرادي والبواري ، لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر حجة للدفـــع دون إبطال الاتصال الثابت للغير ظاهراً .

(والمراد بالاتصال) أي المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره فيه) أي في المتنازع فيه (ولبن هذا في جداره ، وقد يسمى اتصال تربيع) وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مهر أو اجر أن يكون اتصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في اتصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس . وإن كانت من خشب فالتربيع أن يكون بناحة أحدهما مركبة في الاخرى ، وأما إذا نقل ما دخل لا يكون تربيعاً . وقال تاج الشريعة « رح » وكان الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحـــائط المتنازع فيه من الجانبين متصلا بحائطين لاحدهما ، والحائطان متصلان بحائط له بمقـــالة بالاتصال بحائط المتنازع ، وهذا ظاهر . قال الكاكي «رح» ويروى هذا ظاهر الرواية .

(وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط) فهو اولى ، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية (وقوله) أي وقول محمد في الجامع (الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي أصلا ، وكذا البواري) جمع بارية ، وهي التي تعمل من القصب ، وهى الحصرة ، وقال الاصمعي البوز بالفـــارسية وبالعربية بارى وبورى وبارية (لان الحائط لا يبنى لهما اصلا ، حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي ، وليس

هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما . ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة ، فهو بينهما لاستوائهما، ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة ، وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ، وللآخر موضع جذعه في رواية . وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه ثم قيل ما بين الخشب إلى الخشب بينهما . وقيل على قدر خشبهما .

للاخر عليه شيء فهو) أي الحائط (بينهما) لاستوائهما ، وهذا باتفاق الائمة الاربعة، لان وضع الهرادي والبواري لا يثبت لصاحبها على الحائط يد لان الحائط للتسقيف ، وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري، وانما توضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى للاستظلال ، فيصار كما لو كان لاحدهما على الحائط ثوب مبسوط ولا شيء للاخر ، وهناك يقضى بينهما ، فكذا هذا .

(ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر **بالأكثر** منها) أي من الجذوع (بعد الثلاثة) يعني لو كان لكل منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ، ولا اعتبار للجذوع الاكثر من الثلاثة .

(وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أي الحائط (لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه في رواية) صاحب الاملاء عن أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح »(وفي رواية) كتاب الدعوى (لكل واحد منهما ماتحت خشبه) وذكر محمد في كتاب القرار ان الحائط لصاحب الخشب الكثير ، ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبه يعني حق الوضع (ثم قيل ما بين الخشب إلى خشب بينهما) يعني بينهما**نصفان،لأنه لابد**لاحدهمافيه فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد أحدهما بيت منهما ، وفي يد الآخر بيتان أن الباقي بينهما نصفان كذلك ما بين الخشب (وقيل على قدر خشبهما) أي على قدر خشب كل منهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان ، ولصاحب الجذوع الثلاثة ثلاثة اخماس .

والقياس أن يكون بينهما نصفين لانــــه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة . ووجه الثاني أن الاستعمال من كل واحـــد بقدر خشبته . وجـــه الاول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى ، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع ، لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يـــده . ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول أولى ، ويروى أن الثاني أولى .

(والقياس أن يكون بينهما نصفين ، لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة) وهو رواية عن أبي حنيفة وقياس قول الشافعي وأحمد (ووجه الثـاني) وهو رواية كتاب الدعوى (ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) لان ذلك الموضع به مشغول بجذعه (ووجه الاول) وهو رواية كتاب الإقرار وهو الاستحسان (أن الحـائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى ، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير ، إلا انه يبقى له) أي لصاحب الجذع الواحد (حق الوضع) أي حق وضع خشبه (لان الظاهر ليس حجة في استحقاق يده) فلا يستحق دفع الخشبة الموضوعة ، إذ من الجـائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع عليه ، فان القسمة لو وقعت على هـــذا الوجه كان جائزاً .

(ولو كان لأحدهما جذوع وللاخر اتصال) وفي نسخـــه لو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع وهو الصحيح من النسخ ليوافق الدليل المدعى . وفي شرح الاقطع إذا اختلفا في الحائط ولاحدهما اتصال به من أحد جانب ولاخر عليه جذوع ، والاتصال هو مداخلة اللبن بعضه في بعض (فالاول أولى) أي صاحب الاتصال ، وبه قـال شيخ الإسلام والطحاوي (ويروى أن الثـــاني اولى) وهو صاحب الجذوع ، وبه قال شمس الائمة السرخسي « رح » .

وجـه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليـــد والتصرف أقوى . ووجـه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد . ومن ضرورة القضــــاء له ببعضه القضاء بكله ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا . وهـــذا روايـة الطحاوي « رح » وصححهـا الجرجاني . قـال وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات ، وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها . قال وإذا ادعى رجلان أرضاً يعني يدعى كل واحد منهما أنهما في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما ، لان اليد فيها

(وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى ووجه الثاني) وهو القول بالولية الاتصال (أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحـد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا) أشار به إلى قوله لان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق ، حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها لكونها حجة مطلقة (وهـــذا رواية الطحاوى) أى كون صاحب الاتصال أولى من صاحب الجذوع (وصححها الجرجاني « رح ») **أي صحح رواية الطحاوي أبو عبد الله الجرجاني.**

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات ، وفي يد آخر بيت فالساحة) بالمهملتين العرصة في الدار وبـين يديها (بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالهـــا) أى في استعمال الساحة (وهو) أى الاستعمال (المرور فيها) ووضع الامتعة فيها وصب الوضوء وكسر الحطب .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا ادعى رجلان أرضاً يعني يدعي كل واحد منهما أنهما في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها) أى لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي

غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته.
وإن قام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة ، لان اليد حق مقصود . وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا ، فلا تستحق لاحدهما من غير حجة . وإن كان أحدهما قد لبن في الارض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

أن يحكم به ما لم يعلم ، لان الأرض غير مشاهدة لتعذر احضارها ، فإذا كان كذلك فلابد من البينة (وما غاب) أى والذى غاب (عن علم القاضي فالبينة تثبته) لتعذر المشاهدة. وقوله وما مبتدأ وغاب صلته . وقوله فالبينة تثبت خبره ، وهي جملة اسمية وقعت خبراً ودخلت الفاء عليها لتضمن المبتدأ معنى الشرط .

(وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة ، لأن اليد حق مقصود) فلا يستحق أحدهما بغير حجة (وإن أقاماالبينة جعلت في أيديهما لما بينا) أشار إلى قولهلقيام الحجة ، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك . قال بعض مشايخنا هذا قول أبي حنيفة ، وقالا يقسم بينهما (فلا تستحق لأحدهما من غير حجة ،وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها) لأن من ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالركوب على الدابة واللبس في الثياب،ذكره البزدوي والله أعلم .

* * *

باب دعوى النسب

وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع ، فإن جاءت بـــه لاقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمـــه أم ولد له ، وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمه الله دعوته باطلة ، لان البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضاً ولا نســـب بدون الدعوى . وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه ، لان الظاهر عدم الزنا ، ومبنى

(باب دعوى النسب)

أي هذا باب في بيان حكم دعوى النسب ، ولما ذكر دعوى المال شرع في دعوى النسب وقدم دعوى المال لكثرة وقوعها ، فكان أهم . وفي الصحاح الدعوة بالكسر في النسب ، وبالفتح في الطعام ، وقيل على العكس ، قلت وبالضم في الجهاد.

(قال) أي القدوري (وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائـــع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له) ويفسخ البيع ويرد الثمن (وفي القياس وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وزفر رحمه الله تعالى دعوته باطلة ، لأن البيع اعتراف منه) أي من البائع (بانه عبد) أي بأن الولد عبد ، لأن إقدامه على البيع يدل على ذلك (فكان في دعواه مناقضاً) ودعوى التنـاقض مردود (ولا نسب بدون الدعوى) أي ولا يثبت النسب بدون الدعوى .

(وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكــه) أي بملك المدعي وهو البائع (شهادة ظاهرة على كونه منه) وذلك بمنزلة البينة العادلة حكماً في حق ثبوت النسب وحرية الولد في الأصل وصيرورة الجارية أم ولد له (لأن الظاهر عدم وجود الزنا في هـــذا ، ومبنى

النسب على الخفاء ، فيعفى فيـــه التناقض ، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع ، لان بيـــع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن ، لانه قبضه بغير حق .

وإن ادعاه المشتري مع دعوى البائع أو بعده فدعوى البائع أولى ، لانها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق ، وهذه دعوى استيلاد .

وإن جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوى البائع ، لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد والحجة ،

النسب على الخفاء) جواب عن المناقض ، لأن الانسان قد لا يعلم ابتداء يكون العلوق منه ولم يتبين له أنه منه (فيعفى فيه التناقض) لأجل الخفاء (وإذا صحت الدعوى) أي دعوى البائع (استندت إلى وقت العلوق) منه (فتبين أنه باع أم ولده ، فيفسخ البيع ، لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن لأنه) أي لأن البائع (قبضه بغير حق) فيجب عليه رده.

(وإن ادعاه المشترى مع دعوى البائع أو بعده) دعوى البائع(فدعوى البائع أولى) ، لأنها اسبق لاستنادها إلى وقت العلوق) انما عنيه بقوله مع دعوى لأنه لو ادعــاه المشتري أو لا يثبت النسب منه ولا يثبت نسب البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب (وهذه دعوى استيلاد) هذا جواب دخـــل تقديره كيف تصح الدعوى والملك معدوم ، فأجاب بقوله وهذه أي دعوى البائع دعوى استيلاد ودعوى المشتري دعوى تحرير ، إذ الأصل العلوق لم يكن في ملكه ، ودعوى الاستيلاد اولى لاستنادها إلى وقت العلوق . ودعوى الاستيلاد لا تفتقر إلى حقيقة الملك ، ودعوى التحرير تفتقر اليها . وقال الكاكي «رح» قوله دعوى استيلاد في الحقيقة ، هذا جواب عن قول ابراهيم النخعي حيث قال فيها يثبت النسب من المشتري ، لأن له حقيقة الملك فيها وفي ولدها ، وللبائع حق ، والحق لا يعارض الحقيقة قلنا هذه دعوى استيلاد ... الخ .

(وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوى البائـــع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقيناً وهو) أي اتصال العلوق بملكه (الشاهد والحجــة) في ثبوت

إلا إذا صدقـه المشتري فيثبت النسب ويحمـل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع ، لانا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه ، وهذه دعوى تحرير وغير المالـك ليس من أهله . وإن جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت البيـع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوى البائع فيه ، إلا أن يصدقه المشتري ، لانه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة ، فلا بد من تصديقه . وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيـع والولد حر والام أم ولد له كما في المسألة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك .

النسب (إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح) حملا لامره على الصلاح (ولا يبطل البيع ، لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقـة العتق) في حق الولد (ولا حقه) ولا حق المعتق في الجارية (وهذه دعوى تحرير) يعني إذا لم تصر الجارية أم ولد تبقى الدعوى في الولد دعوى تحرير (وغير المالك ليس من أهله) والبائع ليس بمالك فلا بد من تصديق المشتري .

(وإن جاءت به لأكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولأقـل من سنتين لم تقبل دعوى البائع فيه ، إلا أن يصدقه المشتري ، لأنه احتمل) أي لأن الشأن انه احتمل (أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه ، وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما في المسألة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك) وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته ، لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ، ففيما يحتمله اولى ، وتكون دعوته دعوى استيلاد ، حتى يكون الولد حر الاصل ، ولا يكون له ولاء على الولد ، لان العلوق في ملكه يمكن ، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى ، لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي ، هذا الذي ذكرنا كله

فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد ، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجتة إلى ذلك ، فلا يتبعه استيلاد الأم . وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع ، لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه ، يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها

إذا علم مدة الولادة بعد البيع ، فاذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر أو لستة أشهر فصاعداً ما بينهما وبين سنتين أو لاكثر من سنتين فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً. فان ادعاه البائع فانها لا تصح دعوته ، إلا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه . وإن ادعاه المشتري صح ، لان اكثر ما في الباب أن علوق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر ، ولكن هذا لا يمنع دعوى المشتري ولو سبق أحدهما صاحبه في الدعوى إن سبق المشتري صحت دعوته ، وإن سبق البائع ثم ادعى المشترى لا تصح دعوة واحدة منهما لوقوع الشك في اثبات النسب من كل واحد منهما . وإن ادعيا معاً فإنه لا تصح دعوى واحدة منهما ، ويكون الولد عبد المشتري .

(قال) أي القدوري (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الام ، لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك ، فلا يتبعه استيلاد الأم) لأنه فرع النسب .

(وان ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع ، لأن الولد هو الاصل في النسب) والاستيلاد فرع النسب كما ذكرنا (فلا يضره) أى فلا يضر نسب الولد (فوات التبع) وهو الام أو أمومية الولد (وإنما كان الولد أصلاً لانها) أي لان الام (تضاف اليه ، يقال أم الولد وتستفيد) أى الام (الحرية من جهته) أي من جهة الولد (لقوله ﷺ) أى لقول النبي ﷺ (أعتقها ولدها)

والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها ، والأدنى يتبع الأعلى ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة . وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم ، لأنه تبين أنه باع أم ولده وما ليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري ، وعندهما متقومة فيضمنها . وفي الجامع الصغير وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن .

هذا تقدم في باب الاستيلاد ، رواه ابن ماجة (والثابت لها) أى للأم (حق الحرية وله) أى وللولد (حقيقتها) أى حقيقة الحرية ، وهو ظاهر .

(والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة . وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام ، لانه تبين أنه باع أم ولده وماليتها) أى ومالية أم الولد (غير متقومة عنده) أى عند أبي حنيفة « رح » (في العقد والغصب) حتى إذا اشترى أم الغيرومانت في يده لا يضمن المشترى قيمتها ، وكذلك لو غصبها فماتت عنده (فلا يضمنها المشترى) أى عند أبي حنيفة رضى الله عنه (وعندهما متقومة فيضمنها) أى المشترى في العقد ، والغاصب في الغصب .

(قال) أى المصنف رحمه الله (وفي الجامع الصغير) إنما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير إعلاماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشترى) لاقل من ستة أشهر من بيعها (فادعى البائع الولد ، وقد اعتق المشترى الام فهو ابنه) أى ابن البائع (ويرد عليه بحصته من الثمن) يعني يقسم الثمن على قيمة الولد ، وقيمة أمه فما أصاب الام يلزم المشترى ، وما أصاب الولد سقط عنه ، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع ، لانه يثبت فيها للمشترى ما لا يحتمل الابطال وهو الولد ، وكذا الحكم فيها اذا دبرها أو استولدها ، ذكره التمرتاشي . وقال قاضي خان

ولو كان المشتري انما أعتق الولد فدعواه باطلة . ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد ، والأم تابعة له على ما مر . وفي الفصل الأول قام المانـع من الدعوى والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوتـــه في الأصل ، وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور ، فإنه حر وأمه أمة لمولاها ، وكما في المستولدة

« رح » في شرح الجامع الصغير ذكره شمس الائمة السرخسي أن هذا قول أبي يوسف ومحمد « رح » أما على قول أبي حنيفة يرد الولد بجميع الثمن ، لانه لا مالية لام الولد . وقال الاترازي فيه نظر ، لان محمداً رحمه الله تعالى نقل في الجامع الصغير عن أبي حنيفة «رح» صريحاً أنه يرد الولد بحصته من الثمن ، وكذا ذكر في الاصل يرد اليه بحصته من الثمن .

(ولو كان المشترى أعتق الولد فدعواه باطلة) يعني إذا كان المشترى أعتق الولد فدعوته باطلة إذا لم يصدقـــه المشترى (وجه الفرق) أى بينهما إذا أعتق المشترى الام ولم يعتق الولد حيث تكون دعوى البائع صحيحة في حق الولد خاصة ، وبينهما إذا أعتق المشترى الولد دون الام حيث تبطل دعوى البائع أصلا (ان الاصل في هذا الباب) أى في باب ثبوت النسب (الولد والام تابعة له على ما مر) من قوله لان الولد هو الاصل في النسب .

(وفي الفصل الأول) أي فيما إذا اعتق المشترى أم الولد (قام المانع على الدعوى والاستيلاد وهو العتق في التبـع وهو الام ، فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد) فان قيل إذا لم تمتنع الدعوى في الولد يثبت العتق فيه والنسب لكون العـلوق في ملكه يتيقن ، لان الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة امه ام ولد للبائع ، فكان ينبغي ان يبطل البيـع ، والحاق المشترى ، اجـاب المصنف بقوله (وليس من ضروراته) حرية الأم ، أي ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ما إذا اشترى الرجـل امة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت (فإنه) أي فإن الولد (حر) عتيق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه (وأمه أمـة لمولاها) وليست أم ولد لأبيه (وكما في

بالنكاح. وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع إنما كان الاعتاق مانعاً له لأنه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ، ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق ، والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة ، والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق ، لأنه لا يحتمل النقض ، وقد ثبت به بعض آثار الحرية .

وقوله في الفصل الأول

المستولدة بالنكاح) بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فإذا هي أمة فإنه يثبت نسب ولدها ولا تثبت أمومية أم الولد منها .

(وفي الفصل الثاني) وهو ما إذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولد (قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكرنا من الاستيلاد والدعوى (فيه) أي في الأصل (وفي التبع) وهو الأم (وإنما كان الاعتاق مانعاً له) أي إنما كان اعتاق المشترى الولد مانعاً لدعوى البائع (لأنه) أي لأن الإعتاق (لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب) أي من البائع في حق الولد (وحق الاستيلاد) أي وكحق استيلاد البائع في حق الأم (فاستويا) أي استوى اعتاق المشترى وحق استحقاق البائع (من هذا الوجه) أي من حيث انهما لا يحتملان النقض .

(ثم الثابت من المشتري) هذا بيان ترجيح الإعتاق على الاستحقاق يعني الثابت من المشتري (حقيقة الإعتاق) أي في الولد (والثابت في الأم حق الحرية ، وللبائع في الولد حق الدعوة ، والحق لا يعارض الحقيقة) لأن الحقيقة أقوى من الحق ، فكذلك لم يقل بصحة دعوى البائع فيما إذا أعتق المشتري الولد (والتدبير كالإعتاق) أي في الحكم (لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به) أي بالتدبير (بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك .

(وقوله) أي قوله من نقل في الجامع الصغير (في الفصل الأول) وهو ما إذا أعتق

يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت . قال ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع ، لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوى لا يحتمله ، فينقض البيع لأجله ، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كاتب الدعوى ، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوى،

المشتري الأم (يرد عليه بحصته من الثمن قولهما) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف (وعنده) أي وعند محمد (يرد بكل الثمن هو الصحيح) احترز به كما ذكره شمس الأئمة وقاضي خان والمحبوبي بان البائع يرد ما يخص الولد من الثمن لا كل الثمن وقد ذهب المصنف إلى صحة هذا ولكن هذا خلاف ما نص عليه محمد « رح » عن أبي حنيفة في الجامع الصغير وغيره صريحاً انه يرد الولد بحصته من الثمن ، وقد ذكرنا . وفي المبسوط يرد في الموت كل الثمن عند أبي حنيفة . وفي الإعتاق حصة الولد وفرق بين الموت والعتق (كما ذكرنا في فصل الموت) أي موت الأم في المشتري ودعوى البائع .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ، ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض) إنما خص البيع للإحتراز عن الإعتاق والتدبير ، فإنهما لا يحتملان النقض (ومـا له من حق الدعوى لا يحتمله) أي النقض (فينقض البيع لأجله) أي لأجل ماله في حق الدعوة (وكذلك) أي الحكم (إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كاتب الدعوى) أي وجدت الدعوى البائع بعد وجود كتابة المشترى أو رهنه أو كتابة الأم أو رهنها أو تزويجها تصح هذه الدعوى ، وتنقض هذه الأشياء (لأن هـذه العوارض) وهي الأشياء المذكورة (تحتمل النقض ، فينتقض ذلك كله ، وتصح الدعوى) أي من البائع .

بخلاف الإعتاق والتدبير على مـــا مر، بخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعـــاه البائع، حيث لا يثبت النسب من البائع، لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض، فصار كإعتاقه. قـــال ومن ادعـــى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه، لأنهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهمـا ثبوت نسب الآخر، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقـــل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً، لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر.

وفي الجامع الصغير

(بخـــلاف الإعتاق والتدبير على ما مر) أشار به إلى قوله لأنـــه لا يحتمل النقض (وبخلاف ما إذا ادعاه المشترى اولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع، لأن النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض، فصار كاعتاقه) أي اعتاق المشتري، وذكر هذه المسائل من المبسوط تفريعاً على مسألة الجامع الصغير.

(قال) أي القدوري (ومن ادعى نسب أحد التوأمين) التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد، ويقال هما توأمان كما يقـــال هما زوجان وقولهم هما توأم زوج خطأ، كذا في المغرب. وقال شمس الائمة يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان، قـــال ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغـــة (ثبت نسبهما منه) أي نسب التوأمين من المدعي (لأنهما) خلقا (من ماء واحـــد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وهذا) أشار به إلى قوله فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر (**لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر**) إنما قيد بذلك لأنه إذا كان بينهما ستة أشهر فصاعداً بتوأمين، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر (**فلا يتصور علوق الثاني حادثاً، لأنه لا حبل في أقل من ستة أشهر**).

(وفي الجامع الصغير) إنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهي قوله ولدا عنـــده

إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه ، وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق ولدعوى ملكه ، إذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل ، فيثبت نسب الآخر ، وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمان ، فتبين أن عتق المشتري وشراءه في حر الأصل فبطل بخلاف ما إذا كان الولد واحداً ، لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق دعوى البائع ، وها هنا ثبت تبعاً لحريته فيه حرية الأصل

(إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذي في يده) انه ابنه (فهما ابناه وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق ولدعوى ملكه، اذ المسألة مفروضة فيه) أى لأن المسألة مقدرة فيما إذا كان أصل العلوق في ملكه ، وذلك فيما اذا جاءبهما لاقل من ستة أشهر من يوم باع، وقوله (ثبت به حرية الاصل) جواب لما إذا كان كذلك (فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل) أى وتثبت حرية الاصل (فيه) أى في الآخر (ضرورة) بالنصب ، أى من حيث الضرورة ، وعلله بقوله (لانهما توأمان ، فتبين أن عتق المشترى وشراءه في حر الاصل فبطل) أى عتق المشترى . وقال الكاكي والضمير المستكن في بطل راجع إلى كل واحد من العتق والشراء .

(بخلاف ما إذا كان الولد واحداً، لان هناك يبطل العتق فيه مقصوداً) أى بالقصد (لحق دعوى البائع) أي لأجل حق دعوى البائع (وهاهنا) أي في مسألة التوأمين (ثبت تبعاً) أي يثبت بطلان عتق المشترى بطريق التبعية (لحريته فيه حرية الأصل) أي لحرية المشترى بفتح الراء الذي كانت الحرية في حرة الاصل ، ومن ضرورته ثبوت حرية الاصل فيه ثبوت حرية الاصل الاخر ضمناً وتبعاً ، لانهما توأمان ، وعلى هذا قوله حرية الاصل مجرور بدل من قوله

فافترقا . ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ، ولا ينقض البيع فيما باع ، لأن هذه دعوى تحرير لانعـــدام شاهد الاتصال ، فيقتصر على محل ولايته . قال وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنـه أبداً ، وإن جحد العبد أن يكون ابنه وهذا عند أبي حنيفة . وقالا إذا جحد العبد فهو ابن المولى .

لحريته . وقال الاترازي « رح » ويجوز أن يكون منصوباً على الاختصاص بسبيل المدح بتأويل أعني . وقال الاكمل ولحريته حرية الاصل بدل من قوله لحريته (فافترقا) أى حكم ما إذا كان الولد واحداً وحكم التوأمين .

(ولو لم يكن) وفي بعض النسخ فان لم يكن (أصل العلوق في ملكه) أى في ملك المدعي (ثبت نسب الولد الذى عنده) وقال شيخ الإسلام علاءالدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد « رح » وإذا ولدت امة الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عنده ، فباع أحدهما واعتقه المشترى ثم ادعاهما البائع فهما ابناه (ولا ينقض البيع فيما باع ، لأن هذه دعوى تحرير) لأنه لم يكن أصل علوقها في ملك البائع . وقال المصنف (لانعدام شاهد الاتصال) أى اتصال العلوق بملكه يقيناً (فيقتصر) هــذا العتق (على محل ولايته) وصار كالبائع اعتقها فتعتق على من في ملكه فحسب .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدى فلان الغائب ، ثم قال هو إبني لم يكن ابنه ابداً ، وإن جحد العبد أن يكون ابنه) كلمة ان واصلة بما قبلها . قال الكاكي قوله عبداً يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تكذيب ولا تصديق ، لان إقراره بثبوت نسبه من الغير ينفي ثبوت النسب منه ، اذ إقراره حجة في حقه (وهذا) أى الذى ذكر (عند أبي حنيفة) .

(وقالا إذا جحد العبد فهو ابن المولى) يعني إذا ادعى لنفسه بعد جحود العبد . وفي جامع المحبوبي فلو حضر العبدان صدق المولى أو كذبه أو لم يكذبه ، ففي الوجه الأول

وعلى هذا الخلاف إذا قـــال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه . لهما أن الإقرار يرتد برد العبد ، فصـــار كأن لم يكن الإقرار ، والإقرار بالنسب يرتد بالرد . وإن كان لا يحتمل النقض ألا ترى انه يعمل فيه الإكراه والهزل ، فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقه يتحول الولاء إليه . بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن ،

والثالث تصح دعوى المولى بعد ذلك إجماعاً . وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عنده خلافاً لهما ، لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى (وعلى هـــذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعـاه لنفسه) حيث لا يكون ابنه عنده خلافاً لهم .

(لهما) أي لابي يوسف ومحمد « رح » (أن الإقرار يرتد برد العبد ، فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتـــد بالرد ، وإن كان لا يحتمل النقض) أي وإن كان النسب لا يحتمل ان ينقض ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى انه) أي أن الإقرار بالنسب (يعمل فيه الإكراه) حتى لو أكره بالإقرار بنبوة عبد فأقر لا يجوز (والهزل) أي ويعمل فيه الهزل بأن أقر به هازلاً فانه لا يثبت (فصار) هذا نظير (كما إذا أقر المشترى على البائع بإعتاق المشترى فكذبه البائـع ، ثم قال) أي المشترى (أنا أعتقه يتحول الولاء اليه) أي إلى المشترى .

(بخلاف ما إذا صدقه) مولى ، أي البائع (لانه يدعى بعد ذلك نسباً ثابتا من الغير) وهو لا يصح (وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه) فلا تصح دعوى المولى بعد ذلك (فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن ،

لأن له أن يكذب نفسه ولأبي حنيفة « رح » أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد ، فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه ، وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ، وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له . ومسألة الولاء على هذا الخلاف ، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء

لان له) أي للملاعن (أن يكذب نفسه) فتصح دعوته .

(ولأبي حنيفة « رح » أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق،وما كان كذلك لا يرتد (والإقرار بمثله) أي بمثل ما لا يحتمل النقض (لا يرتد بالرد) بعد ثبوته بالتكذيب (فبقي) أي فبقي الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له كما إذا أقر بعتق عبد الغير وكذا به المالك ، ثم اشتراه يعتق عليه (فيمتنع دعوته) أي دعوة المقر (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادتـــه لتهمة) من قرابة أو فسق (ثم ادعاه لنفسه) أي ثم ادعاه الشاهد لنفسه لم تصح دعوته (وهذا) إشارة إلى قوله لا يحتمل النقض (لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه،حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) فصار كالذي لم يصدقه ولم يكذبه ولا يلزم على هذا إذا أقر بمال فرد المقر له ثم ادعـــاه ، لأن الأملاك تنفسخ بالرد فيبطل الإقرار ولم يبق إلا حق المقر ، فجاز أن يدعي .

(وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له) لأن المقر لا يقدر على إبطاله ، لأنه ليس حقه على الخلوص (ومسألة الولاء) هذا جواب عن استشهادهما بها ، تقريره أن مسألة الولاء ليس بحجة على أبي حنيفة « رح » لأنها (على هذا الخلاف) فلا ينتهض شاهد (ولو سلم) يعني ولئن سلمنا أنها على الاتفاق فتقول بين الولاء وبين النسب فرق ، أشار اليـــه بقوله (فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى) أي باعتراض ما هو الأقوى (كجر الولاء

من جانب الأم إلى قوم الأب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشتري فبطل بـــه ، بخلاف النسب على ما مر ، وهذا يصلح مخرجاً على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطـــع دعواه باقراره بالنسب لغيره .

قال وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني ، وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حـر ، لأن الإسلام

من جانب الأم إلى قوم الأب) صورته معتقة تزوجت بعبدوولدت منه اولاداً ، فإذا أعتق العبد جر الولاء إلا الاولاد إلى نفسه ، هكذا روى عن محمد رضى الله عنه .

(وقد اعترض) هنا (على الولاء الموقوف) هو الولاء من جانب البائع وسماه موقوفاً لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب (ما هو أقوى ، وهو دعوى المشتري) ودعواه اقوى لقيام ملكه في الحال ، فكان دعوى الولاء إلى نفسه بسبب الاعتقاد مصادفاً محـــله لوجود شرطه ، وهو قيـام الملك (فبطل) أي الولاء (بخلاف النسب) حيث لا يجوز نقضه بعد ثبوته فلم يبطل فلم تصح دعوى المولى بعد إقراره انه ابن عبدي (على مـا مر) أشار به إلى قوله أن النسب مما لا يحتمل النقض (وهذا) أي قوله هـذا ابن عبدي فلان الغائب (يصلح مخرجاً) أى حيـله (على اصله) أي على أصل أبي حنيفة « رح » (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك ، فيقطع دعواه بإقراره النسب لغيره) توضيحه رجل في يده صبي ولد على ملكه ويبيعه ولاما من المشتري أن يدعيه فينقض البيع مخيلة إلا من انتقاض البيع أن يقر البائع انه ابن عبدي الغائب ، فإن بعد هذا الإقرار لا تصح دعوته عبداً فيأمن المشتري من انتقاض البيع . وفي الفوائد الظهيرية الحيلة فى هذه المسألة على قول الكل ان يقر البائع أن هذا ابن عبدى الميت حق لا يأتي فيه تكذيب ، فيكون مخرجا على قول الكل .

(قال) أي محمد « رح » في الجامـع الصغير (وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني ، وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر ، لأن الإسلام

مرجح فيستدعي تعارضاً ، ولا تعارض لان نظر الصبي في هـــذا أوفر ، لانـــه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلا إذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً ، وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعـــه اكتسابها . ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين .

قال وإذا ادعت امرأة صبياً انه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة .

مرجح) بكسر الجيم (فيستدعى تعارضاً) لأن الترجيح يستدعي التعارض (ولاتعارض هاهنا (لأن نظر الصبي في هذا) أي في كونه ابن النصراني ، وكونه حراً (أوفر) أي اكثر منفعة (لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مـــآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة) فيمكنه اكتساب الإسلام بنفسه (وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً) إما لأبيــه أو لمولاه (وحرمانه عن الحرية ، لأنه ليس في وسعه اكتسابها) أي اكتساب الحرية . ولقائل أن يقول هذا مخالف الكتاب ودو قوله تعالى ﴿ ولعبد مؤمن خير من مشرك ﴾ ٢٢١ البقرة ، ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة ، لكن الالف بالدين مانع قوى ، ألا ترى إلى كفوء آبائه مع ظهور دلائل التوحيد . وأجيب بأن قوله تعالى ﴿ ادعوهم لآبائهم ﴾ ٥ الاحزاب ، يوجب دعوة الأولاد لآبائهم وتدعي النسب ، لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان . وفي الأحاديث الدلالة على الرحمة بالصبيان نظر لهم كثرة ، وكانت أقوى من التابع ، وكفوء الآباء جحود ، والأصل عدمه .

(ولو كانت دعوتهما) أي دعوة المسلم والنصراني (دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو اوفر النظرين) نظر الإسلام ونظرة البنوة . وقال زفر يستويان . وقـــال الشافعي بحكم القائف .

(قال) أي محمد رحمه الله وفي الجامع الصغير (وإذا ادعت امرأة صبياً انه ابنها لم يجز دعواها، حتى تشهد على الولادة امرأة) هذا لفظ الجامع . وقال المصنف رحمـــه الله

ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لانهـــا تدعي تحميـــل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة ، بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها ، لان الحاجـة إلى تعيين الولد ، أمـا النسب يثبت بالفراش القائم ، وقـــد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة . ولو كانت معتده فلا بـد

(ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلاتصدق إلا بحجة) وهي شهادة القابلة ، لأن الولادة مما لا يحضرها الرجال ، فإذا شهدت قابـلة يثبت النسب ، وإذا لم يكن لها زوج فالقول لها من غير نية كما في الرجل ، وقال شيخ الإسلام خواهر زاده إذا لم يكن ثمة منازع، وأما إذا كان المنازع ينكر بأن ادعت النسب من رجل والرجل حاضر ينكر ذلك ، فإنه لا يثبت ذلك بشهادة القابلة عندهم جميعـــاً وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عندهم جميعاً . وإذا كانت المنازعة لها بامرأة اخرى ففى رواية أبي سليمان يقضى بالنسب بينهما إذ اقامت كل واحدة منهما امرأة واحدة وفي رواية أبي حفص لا يقضى بالنسب من واحدة منهما ما لم تقم كل واحدة منهما رجلين أو رجل وامرأتين .

(بخلاف الرجل ، لأنه يحمل نفسه النسب) فلا يحتاج فيه إلى حجة (ثم شهادة القابلة كافية فيها ، لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، أما النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبي ﷺ قبل شهادة القابلة على الولادة) هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه عن محمد ابن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة رضى الله عنه عن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة. ثم قال الدارقطني محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش بينهما رجل مجهول ، وهو أبو عبد الرحمن المدايني ، وقال في التنقيح هذا حديث لا أصل له وتقـدم الكلام فيه في كتاب الشهادات .

(ولو كانت معتدة) أي ولو كانت المرأة التي تدعي نسب ابن على زوجها معتدة عن طلاق أو وفاة (فلا بد من حجة تامة) هي شهادة رجلين أو رجـــل وامرأتين (عند

من حجة تامة عند أبي حنيفة ، وقد مر في الطلاق . وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة . قالوا يثبت النسب منها بقولها ، لان فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها . وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنها . وإن لم تشهد امرأة لانه التزم نسبته فأغنى ذلك عن الحجة . وإن كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنها ،

أبي حنيفة) إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة . وقال أبو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة (وقد مر في الطلاق) أي في كتاب الطلاق في باب ثبوت النسب (وإن لم تكن) أي المرأة (منكوحة) أي غير ذات زوج (ولا معتدة) أي وإن لم تكن معتدة أيضاً . (قالوا) أي المشايخ رحمهم الله تعالى (يثبت النسب منها بقولها ، لأن فيه الزاماً على نفسها دون غيرها) دون نفس غيرها .

(وإن كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه) أي أن الولد من زوجها (وصدقها الزوج) أي صدقها في دعواها (فهو ابنها ، وإن لم تشهد امرأة لأنه) أي لأن الزوج (التزم نسبته فأغنى ذلك عن الحجة) إذ ليس فيه تجهيل النسب على الغير.

(وإن كان الصبي في أيديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها ، وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنها) هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه ، فإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبته منه بتصديقه . وعند الائمة الثلاثة رحمهم الله لا يعتبر تصديقه . وقال التمرتاشي « رح » التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب ، حتى لو قال رجل هو ابني منك في نكاح ، وقالت ابنك ابني من زنا لم يثبت النسب بينهما لعدم اتفاقهما في النكاح . فلو قالت بعد ذلك ابنك ابني في نكاح يثبت لما قلنا . وفي الإيضاح دعوى النسب لا يبطل بالتناقض ، لأن التناقض يكون بين المتساويين ، ولا مساواة بينهما ، فإن

لان الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما ، إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر ، لان المحل يحتمل الشركة ، وها هنا لا يدخل ، لان النسب لا يحتملها . قال ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم ، لانه ولد المغرور ، فان المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح ، فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم،

دعوى النسب اقوى من النفى (لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما) فكذا هذا (إلا أن هناك) أي في مسألة الثوب الذي في يد رجلين (يدخل المقر له في نصيب المقر ، لأن المحل يحتمل الشركة ، وهاهنا) أي في مسألة دعوى النسب (لايدخل لأن النسب لا يحتملها) أى الشركة .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم الخصومة [١] ، لأنه ولد المغرور) وفسر المغرور بقوله (فإن المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضى الله عنهم) كذا قال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي في كتاب النكاح . قال لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الامصار [٢] أن ولد المغرور حر الأصل ، ولا خلاف ايضاً بين السلف انه مضمون على

---

(١) يخاصم – هامش. (٢) في الأصل فقهاء الأنصار، والصحيح ما أثبتناه، اه مصححه.

ولان النظر من الجانبين واجب فيجعـــل الولد حر الاصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ، ثم الولد حاصل في يـده من غير صنعـــه فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة ، فلهـذا تعتبر قيمـة الولد يوم الخصومة ، لانه يوم المنع . ولو مـــات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع ، وكذا لو ترك مـالاً ، لان الإرث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه .

ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع ،

الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه ، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تبدلا الغلام بالغلام والجارية بالجارية ، يعني إن كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله ، وإن كان جارية فعليه جارية . وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه عليه قيمتها واليه ذهب أصحابنا.

(ولأن النظر من الجانبين) جانب المغرور وجانب المستحق (واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما) أي للمغرور والمستحق (ثم الولد حاصل في يده) هذا بيان لسبب الضمان وهو المنع ، أي الولد في يده (من غير صنعه) يعني من غير تعد منه (فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة) أي الجارية المغصوبة فإن ولدها أمانة لا يضمن إلا بالمنع (فلهذا) أي فلأجـــل كون الضمان بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة ، لأنه يوم المنع) في شرح الطحاوي تعتبر قيمة يوم القضاء بالقيمة .

(ولو مات الولد) أي قبـــل الخصومة (لا شيء على الأب لانعدام المنع ، وكذا) لا شيء عليه (لو ترك مالاً) أي لو مات ولد المغرور وترك مالاً مـيراثاً لأبيه (لأن الإرث ليس ببدل عنه) أي عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد ، إنما قال ذلك مـــع احتراز عن الدية فإنها بدل عنه ، وكان هذا الدفع شبهة وهي أن يقال لما توجد دية تقوم الدية مقام الولد في المنع فينبغي أن يجعل منع تركته كمنع ديته ، فقال في جوابه الإرث ليس ببدل عنه (والمال لأبيه ، لأنه حر الأصل في حقه فيرثه . ولو قتـــله الأب يغرم قيمته لوجود المنع) .

وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته له ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته . كما إذا كان حياً ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها ، بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها ، فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب .

(وكذا لو قتله غيره) أي غير الاب (فأخذ) أي الأب (ديته ، لأن سلامة بدله كسلامته له) أي كسلامة نفسه (ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته ، كما إذا كان حياً ويرجع) أي المشتري المغرور بما ضمن (بقيمة الولد على بائعه ، لأنه) أي لأن البائع (ضمن له) أي للمشتري (سلامته) أي سلامة العبد بجميع أجزائه (كما يرجع بثمنها) أي بثمن الأم ، لأن المغرور بثمنها (بخلاف العقر) يعني أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه ، لأن ضمان المنفعة وهي ليست من أجزاء المبيع حقيقة . وعند الشافعي يرجع بالعقر عليه ، وبه قال مالك وأحمد « رح » (لأنه لزمه) لأن العقر لزم المغرور (لاستيفاء منافعها ، فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب) أي لأنه عوض عما استوفاه من منافع البضع فلا يستوجب الرجوع على غيره ، لأنه لو رجع به سلم المستوفى له مجاناً ، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم مجاناً .

وفي المبسوط ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الولد عندنا ، وعند الشافعي يرجع به . ولو باعها المشتري من آخر واستولدها المشتري الثاني يرجع على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد ، ويرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن ، ولا يرجع بقيمة الولد التي رجع عليه المشتري بها عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً ، والله أعلم بالصواب .

* * *

كتاب الاقرار

قال وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً . إعلم أن الاقرار إخبار عن ثبوت الحق ، وانه ملزم

(كتاب الاقرار)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الإقرار . ولما فرغ عن الدعوى شرع في بيان الإقرار لأن جواب الدعوى إما بالإقرار أو بالإنكار ، فمن هذه الحيثية نظر المناسبة بين الكتابين .

(قال) أي القدوري (وإذا أقر الحر البالغ العاقل ، بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً) لما ذكر المصنف رحمه الله لفظ القدوري رحمه الله شرع في شرحه بقوله (إعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق) هذا الذي ذكره تفسير الإقرار شرعاً ، ولكنه لو قيده بقوله على نفسه ، وكان الحد أتم مثل ما قال حافظ الدين النسفي والإقرار إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه . فقوله عن ثبوت الحق للغير كالجنس لأنه يتناول الشهادة فإنها أيضاً إخبار عن ثبوت الحق للغير ، وقوله على نفسه كالفصل يخرج ذلك ، وهذا شأن الحد أن يكون مشتملا على الجنس والفصل . وقال تاج الشريعة رحمه الله الإقرار خلاف الجحود ، وأصله من القرار وهو السكون والثبات ، وفي عرف أهل الشرع عبارة عن خبر يوجب شيئاً على المخبر (وإنه ملزم) وإن الإقرار ملزم على المقر ما أقر به ، وهذا حكم الإقرار وليس هذا من حده وحد ما ذكرنا .

وقال الكاكي « رح » وحكمه ظهور ما أقر به ولزومه لا إثباته ابتداء ، ألا ترى انه لا يصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه ، والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ، ولهذا قالوا لو أقر بمال لغيره كاذبا والمقولة يعلم أنه كاذب لا يحل له أخذه عن كره منه ديانة إلا أن

لو قوعه دلالة ، ألا ترى كيف ألزم رسول الله ﷺ ماعزاً « رض » الرجم باقراره ، وتلك المرأة باعترافها ،

يسلمه بطيب نفس ، فيكون كالتمليك المبتدأ ، وقيل حكمه لزوم ما أقر به على المقر ، وعمله إظهار ما أقر به لا التمليك به ابتداء ، ويدل عليه مسائل منها لو أقر بصير لايملكها صح إقراره به ، وإن لم يملك تمليكه حتى لو تملكه المقر يوماً من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر . ومنهـــا أن إقرار المسلم بالخمر يصح وإن لم يملك تمليكاً مبتدأ . ومنها أن المريض الذي لا دين عليه إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ولو كان تمليك لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة . ومنها أن العبد المأذون لـه لو أقر بما في يده صح ، ولو تبرع به ابتداء لا يجوز .

وسبب الإقرار إرادة سقوط الواجب عن ذمته .

وركنه ألفاظ فيما يجب به موجب الإقرار .

وشرطه العقل والبلوغ بلا خلاف ، وفي كون المقر غير سفيه ولا سكون اختلاف .

ومحاسنه كثيرة ، منها إسقاط الواجب عن ذمته ، ومنهـــا إيصال الحق لصاحبه وإرضاء الخالق ، ومنها حمد الناس المقر بصدق القول وفاء العهد .

وهو مشروع بالكتاب قال تعالى ﴿ كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم ﴾ ١٣٥ النساء ، قال المفسدون شهادة المرء على نفسه إقرار . وقال تعالى ﴿ وليملل الذي عليه الحق ﴾ ٢٨٢ البقرة ، والإمـلاء إقرار . وبالسنة لما روى انه عليه السلام رجم ماعزاً بإقراره . وبالدليل العقلي وهو أن الإقرار خبر يحتمل الصدق والكذب ، فرجح جانب الصدق لأنه غير متهم فيه فإن المال محبوب المرء طبعاً ، ولا يقر لغيره كاذباً مع كمال عقله ودينه ، فالزواجر شرعاً عن الكذب .

(لوقوعه دلالة) أي لوقوع الإقرار دلالة على وجود المخبر به ، لأن الإقرار دائر بين الصدق والكذب ، ويترجح جانب الصدق لما ذكرنا الاقرار هذا إيضاح لقوله وانه ملزم (ألا ترى لوقوعه كيف الزم النبي ﷺ ماعزاً الرجم بإقراره) أي بسبب إقراره (وتلك المرأة باعترافها) أي كيف الزم الإمرأة ، يعني الغامدية امرأة من غامد الأزد بالرجم

وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره ، فيقتصر عليه .
وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً ، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار ، لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ، ويصح بالحدود والقصاص ، لان إقراره عهد موجباً لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه ، بخلاف المأذون له ، لانه سلط عليه من جهته ، وبخلاف الحد والدم لانه يبقى على أصل الحرية في ذلك ، حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه ،

بسبب اعترافها بالزنا ، وقد مر قصتها في الحدود (وهو) أي الإقرار (حجة قاصرة) على نفسه (لقصور ولاية المقر عن غيره ، فيقتصر عليه) بخلاف البينة فإنها حجة متعدية .

(وشرط الحرية) يعني في صحة الإقرار (ليصح إقراره مطلقاً) أي في المال وغيره (فإن العبد المأذون له وان كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار ، لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال) أما المأذون له فلأنه مسلط على الإقرار من جهة المولى ، واما المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال فلعدم أهليته لذلك (ويصح بالحدود والقصاص) أي ويصح إقرار العبد المحجور عليه بالحدود والقصاص ، لأنه مبقي على الحرية فيها على ما بينه المصنف رحمه الله مفصلاً (لأن إقراره) دليل ذلك المجموع ، أي لان إقرار العبد المحجور (عهد) أي عرف (موجباً لتعلق الدين برقبته وهي) أي رقبته (مال المولى ، فلا يصدق عليه) لقصور الحجة .

(بخلاف المأذون له ، لانه مسلط عليه) أي على الإقرار (من جهته) أي من جهة المولى ، لان الإذن بالتجارة إذن بما يلائمها ، وهو دين التجارة ، لان الناس لا يتابعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح ، إذ قد لا يتهيأ لهم الإشهاد في كل تجارة يعملونها معه .

(وبخلاف الحد والدم) وهو القصاص (لانه) أي لان العبد (يبقى على أصل الحرية في ذلك ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه [1]) أي على العبد (فيه) أي في ذلك ، وبه

---

(١) على العبد – هامش .

ولا بد من البلوغ والعقل، لان إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام ، إلا إذا كان الصبي مأذوناً له ، لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار ، لان الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالاً لايدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم إرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه ، والاقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به، بخلاف الجهالة في المقر له ، لأن المجهول لا يصح

قال الشافعي رضى الله عنه ومالك وأبو الخطاب الحنبلي . وعن أحمد أن إقرار العبد بالحد والقصاص فيما دون النفس يصح ، واقراره إنما يوجب القصاص في النفس لا يقبل ويتبع بعد العتق ، وبه قال زفر والمزني وداود ومحمد بن جرير الطبرى رحمهم الله .

(ولا بد من البلوغ والعقل ، لان إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الإلتزام) فلا يلزم باقرارها شيء (إلا إذا كان الصبي مأذوناً له) في التجارة (لانه ملحق بالبالغ بحكم الإذن) فيصح إقراره لاعتبار زائد برأى المولى ، فيعتبر كالبالغ ، وبه قال أحمد رحمه الله في رواية . وقال الشافعي رضى الله عنه لا يصح اقراره مطلقاً ، ثم لو ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت إمكانه صدق فيه ، وبالسن لا يصدق إلا ببينته ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله في رواية ، والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم معرفتهما ، ولا نعلم فيه خلاف ، وإقرار السكران يصح بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة والردة وينفذ سائر التصرفات من السكران كما تنفذ في الصاحي ، وقد مر في الطلاق (وجهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار ، لأن الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو جرح[1] جراحة لا يعلم إرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه ، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق ، فيصح به) أي يكون المقر به مجهولاً .

(بخلاف الجهالة في المقر له ، لأن المجهول لا يصح مستحقاً) وفي الذخيرة جهالة المقر له

---

(١) يجرح – هامش .

مستحقاً ويقال له بين المجهول من جهته ، فصـــار كما إذا أعتق أحد عبديه ، فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان ، لأنه لزم الخروج عما لزمه بصحيح إقراره ، وذلك بالبيان . قال فإن قال لفلان علي شيء لزمه أن يبين ما له قيمة ، لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته ، ومـــا لا قيمة له لا يجب فيها ، فإذا بين غير ذلك يكون رجوعاً ،

إنما يمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس ، أمـا إذا لم تكن متفاحشة لا يمنع بأن قال هذا العبد لأحد هذين الرجلين . وقال شمس الأئمـــة السرخسي لا يصح في هذه الصورة ايضاً ، لأنـــه إقرار للمجهول (ويقال له) أى للمقر (بين المجهول)، لأن التجهيل (من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه) فإنه يبين أي العبدين أراد (فإن لم يبين أجبره الحاكم على البيان ، لأنه لزم الخروج عما لزمه بصحيح إقراره ، وذلك بالبيان) لأن الإجمال وقـــع من جهته فعليه البيان ، ولكن يبين شيئاً يثبت ديناً في الذمة قل أو كثر ، نحو أن يبين له حبة أو فلساً أو جزرة أو ما أشبه ذلك، أما إذا بين شيئاً لا يثبت في الذمة لا يقبل منه ، نحو أن يقول عنيت حق الإسلام أو كفاً من تراب ونحوه ، كذا في شرح الطحاوي ، وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة . وعن الشافعي في قول إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى ، وامتنع عن التفسير يجعل ذلك إنكاراً ويعرض عليه اليمين ، فان أقر جعل ناكلا عن اليمين ويحلف المدعي .

(قال) أي القدوري رحمه الله (فإن قال لفلان على شيء لزمه أن يبين ما له قيمة) قل أو كثر نحو حبة وفلس كما ذكرنا ، لأن ماليس له قيمة لا يثبت في الذمة، فاذا فسر ما أقر له بذلك صار كالرجوع عما أقر به فلا يقبل منه (لأنه أخبر عن الوجوب في الذمـة وما لا قيمة له لا يجب فيها) أي في الذمة (فاذا بين غير ذلك) أي غـــير ما لا قيمة له (يكون رجوعاً) عن إقراره فلا يسمع ويقبل تفسيره بالكل ، وبه قال الشافعي «رح» لا يقبل . ولو فسر ميتة أو خنزير أو خمر قبل قوله في قول مشايخ العراق ، وبه قـــال

قال والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقرله أكثر من ذلك لأنه هو المنكر فيه . وكذا إذا قال لفلان علي حق لما بينا . وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب عليه أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة . ولو قال لفلان علي مال فالمرجع إليه في بيانه ، لأنه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير ، لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به ، إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالاً عرفاً .

الشافعي « رح » في وجه وأحمد في رواية . وعند مشايخ ما وراء النهر لا يقبل ، لأنه لا قيمة لهذه الأشياء ، وبه قال مالك والشافعي في وجه (قال والقول قوله مع يمينه ، إذا ادعى المقر له اكثر من ذلك ، لأنه هو المنكر فيه) والقول قول المنكر بالحديث .

(وكذا) أي وكذا يلزمه أن يبين بما له قيمة (إذا قال لفلان علي حق لما بينا) أشار به إلى قوله أخبر عن الوجوب في ذمته . وفي المحيط لو قال لفلان علي حق ، ثم قال عنيت به حق الإسلام لا يصدق . وإن قال موصولاً يصدق لأنه بيان تغيير باعتبار العرف وقال الأئمة الثلاثة لا يصدق في الوجهين (وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب عليه أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع) أي الشيخ والصتة [1] (تعويلا على العادة) لأن مطلق اسم المصب يدل في العرف على مال مقوم .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه لأنه هو المجمل ، ويقبل قوله في القليل والكثير) وبه قال الشافعي وأحمد ومالك « رح » في وجه . وحكى عن مالك ثلاثة أوجه ، أحدها كقولنا ، وثانيها لا يقبل ألا أول نصب عن نصب الزكاة من نوع من أنواعها ، وثالثها لا يقبل إلا فيما يستباح به العضو ، والقطع في السرقة الا أنه لا يقبل عندنا في أقل من عشرة دراهم ، لأن الكسور لا تعد مالاً ، كذا في المبسوط (لأن كل ذلك مال) أي القليل والكثير مال (فانه) أي فإن المال (اسم لما يتمول به ، إلا انه لا يصدق في أقل من درهم ، لأنه لا يعد مالا عرفاً) أي الاقل من

---

(١) هكذا رسم الكلمة في الاصل .

ولو قال مـال عظيم لم يصدق في أقـل من مائتي درهم ، لأنــه أقر بمـــال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به والغني عظيم عند الناس . وعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة ، لأنه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة . وعنه مثل جواب الكتاب ،

درهم لا يعد مالا في عرف النـاس . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب الإقرار بدراهم غيره مسماة في هذه المسألة إذا بين ما دون الدرهم نصف درهم أو دانق . قالوا القياس أن يصدق . وفي الاستحسان لا يصدق فيما دون الدراهم.

وقال الناطفي في أجناسه وفي نوادر هشام قال محمد « رح » لو قال لفلان علي مال له أن يقر بدرهم ثم قال وقال في النهار . ولو قال لفـلان علي مال قال هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر « رح » . وقال أبو يوسف يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه .

(ولو قال مال عظيم لا يجوز [1] تصديقه في أقل من مائتي درهم) وفي بعض النسخ لا يصدق في أقل من مائتي درهم (لانه أقر بمـــال موصوف ، فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به) أي بالنصاب (والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفه أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم ، وهي نصاب السرقة ، لانه عظيم من حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه) أي وعن أبي حنيفة (مثل جواب الكتاب) أي مثل جواب القدوري « رح » في انه لا يصدق في أقل من مائتي درهم . وقـال الشافعي وأحمد « رح » يقبـــل تفسيره في قوله مال عظيم أو كثير أو جليـــل أو خطير بالقليل والكثير .

وقال بعض أصحاب مالك قدر الدية . وقال الليث الكثير اثنان وسبعون لان الله تعالى قال ﴿ لقد نصركم الله في مواطن كثيرة ﴾ ٢٥ التوبة ، وغزواته اثنان وسبعون

---

(١) لم يصدق ــ هامش .

وهذا إذا قـــال من الدراهم ، أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيهـا بالعشرين ، وفي الإبل بخمس وعشرين ، لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه ، وفي غـــير مال الزكاة بقيمة النصاب . ولو قال أموال عظام فالتقدير

وفيه بعد . وفي الفتاوى الصغرى لو قال مالي نفيس أو كثير أو خطير أو جليل . قـال الناطفي لم اجده منصوصاً . كان الجرجاني يقول مائتان . ونقـل في الاجناس عن نوادر هشام عن محمد لو قال على مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتي درهم . وقـال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف قال لفلان علي دراهم مضاعفة يلزمه ستة ، لأن أقـل الدراهم ثلاثة، والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة. ولو قال له علي دراهم اضعافاًمضاعفة . وقال مضاعفة اضعافاً عليه ثمانية عشرة . ولو قال علي عشرة وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهماً .

(وهذا) أي ما ذكرنا أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم (إذا قال) مال عظيم (من الدراهم ، اما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين) لأنه النصاب من الدنانير (وفي الإبل بخمس وعشرين ، لأنه ادنى نصاب يجب فيـــه من جنسه) كالعشرين من الدنانير والمائتين في الدراهم .

فإن قلت ينبغي أن يقدر في الإبل بخمسة لان صاحبها غني بها وجبت عليه شياه والغني والعظيم عند الناس . قلت الخمسة من الإبل عظيم لوجوب الشاة حقير لعـدم الوجوب من جنسه ، فيشترط الخمسة والعشرون ليكون عظيماً مطلقـاً لاطلاقه فانصرف المطلق إلى الكامل . وقال الكاكي رحمه الله انما اشتراط ما يجب فيـــه من جنسه حتى يكون عظيماً ، لان إيجـــاب خلاف جنسه ايجاب شاة في خمس من الابل دليـــل حقارته وقصوره وقلته .

(وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب) أي التقدير في غير مال الزكاة فلا بد من بيان قيمة النصاب . (ولو قال أموال عظام) يعني لو قال لثلاث علي أموال عظام (فالتقدير

بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتباراً لأدنى الجمع . ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق أقل من عشرة، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما لم يصدق في أقل من مائتي درهم، لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره . بخلاف ما دونه . وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع ، يقال عشرة دراهم . ثم يقال أحد عشر درهماً فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه .

بثلاثة نصب من جنس ما سماه) يعني من الدراهم ستمائة ومن الدنانير ، وعلى هذا قياس الابل والغنم ولو أقر بها (اعتباراً لأدنى الجمع) وهو ثلاثة (ولو قال دراهم كثيرة) أي ولو قال لفلان علي دراهم كثيرة (لم يصدق في أقل من عشرة) دراهم (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) .

(وعندهما لم يصدق في أقل من مائتي درهم) وقال الشافعي رحمه الله يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك . وكذا لو قال علي دنانير كثيرة ، ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه . وقال القدوري رحمه الله في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قولهما (لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع زكاته وتصدق على الفقير (بخلاف ما دون النصاب)لان من ملك ما دون النصاب لا يسمى تكثراً ، وبه قال مالك رحمه الله في رواية ، وعند الشافعي وأحمد « رح » يلزمه مائتين .

(وله) أي ولابي حنيفة « رح » (أن العشرة أقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع) يعني من حيث التميز ، لان ما بعد العشرة التميز بالمفرد فيقال أحد عشر درهماً ، لانه (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً فيكون) أي العشرة (هو الاكثر من حيث اللفظ) أي من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف اليه) لان العمل بما دل عليه اللفظ ولا مانع من الصرف اليه فلا يعدل إلى غيره .

ولو قال دراهم فهي ثلاثة ، لأنها أقل الجمع الصحيح ، إلا أن يبين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله ، وينصرف إلى الوزن المعتـاد . ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً ، لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف،وأقـل ذلك من المفسر أحد عشر . ولو قال كذا وكذا لم يصدق في أقل من أحد وعشرين، لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره .

(ولو قال دراهم فهي ثلاثة ، لأنها أقل الجمع الصحيح) الذي لا خلاف فيه (إلا أن يبين أكثر منها) أي من الثلاثة (لأن اللفظ يحتمله) وكونه والأعليه فلا تهمة (وينصرف إلى الوزن المعتاد) بين الناس ، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف وهو غالب نقد البلد . وفي تحفة الفقهاء لو قال علي بألف درهم فهو على ما يتعارفه أهـــل البلد من الأوزان أو العدد ، وإن لم يكن شيئاً متعارفاً فيحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر في الشرع ، وكذلك في الدينار يعتبرون المثاقيل إلا في موضع يتعارف فيه بخلافه .

(ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال المصنف رحمه الله (لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر درهما) واكثره تسعة عشر ، لأنه يقال أحد عشر درهما إلى تسعة عشر ، إلا أن الأقل يلزمه من غير بيان ، والزيادة تعفف على بيانه .

(ولو قال كذا وكذا) درهما (لم يصدق في أقل من أحد وعشرين) درهما (لأنــه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف ، وأقل ذلك من المفسر أحـد وعشرون) درهما (ويحمل كل وجه على نظيره) تقدير هذا الكلام أن كذا كناية عن العـدد ، والأصل في استعمال اعتباره بالمفسر فما له نظير في الأعداد المفسرة حمل على أقل مـا يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل ، فإذا قال كذا درهما كان كما إذا قال له علي درهم ، وإذا قال كذا كذا كان أحد عشر ، وإن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير . وإذا قال

كذا وكذا كان أحد وعشرين ، وإن ثلث بالواو كان مائة وأحد وعشرين ، وإن ربع يزاد الف على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى الآن .

(ولو قال كذا درهما فهو درهم) أي الذي يلزمه درهم (لأنه) أي لأن قوله درهما (تفسير للمبهم) وهو قوله كذا ، لأنه كناية عن العدد على سبيل الإبهام ، هكذا أورده المصنف رحمه الله تفريعاً على مسألة القدوري « رح » ولم يذكره في الأصل . وقال تاج الشريعة « رح » قوله لأنه تفسير للمبهم ، يعني إن درهما منصوب على التمييز ، فلزم أن يكون هو المجمل والمبهم . وقال الأترازي رحمه الله وقال الإمام شرف الدين أبو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي في كتاب المنهاج وإن قال له علي كذا درهما لزمه ما بينه ، ثم قال الأترازي رحمه الله كان ينبغي أن يلزمه في هذا أحد عشر ، لأنه أول العدد الذي يقع تمييزها منصوباً ، هكذا نقل عن أهل اللغة . وإذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في بيانه بدرهم ، والقياس فيه ما قاله في مختصر الأسرار إذا قال علي كذا درهما لزمه عشرون ، لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب ، وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل ، وهو عشرون ، لأنه بدرهم منصوب متيقن .

وقال تاج الشريعة فإن قلت ينبغي أن يجب أحد عشر درهماً، لأنه أقل عدد يجيء تمييزاً منصوباً . قلت الأصل براءة الذمة فيثبت الأدنى للتيقن . وفي الذخيرة واليتيمة محال إلى الجامع الصغير يلزمه درهمان ، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد درهمان ، والواحد لا يكون عدداً وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله في قوله كذا درهما وكذا وكذا ، ففيه أربعة أوجه ، أحدها أن يقول درهما بالرفع يلزمه درهم ، وتقديره شيء هو درهم فيجعل الدرهم بدلاً من كذا . وثانيها أن يقول درهم بالجر يلزمه خبر درهم ، وكذا يكون كفاية عن خبر درهم . وثالثها أن يقول درهما بالنصب ونصب على التفسير وهو التمييز ، فيلزمه درهم . ورابعها ان يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم ايضاً، لانه يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف .

وقال القاضي الحنبلي وبعض اصحاب الشافعي رحمهم الله يلزمه درهم في الاحالات .

ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر ، لأنــــه لا نظير له سواه .
وإن ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون ، وإن ربع يزاد عليها ألف ،
لأن ذلك نظيره .

وقال خواهر زاده رحمه الله قال كذا درهم بالجر يلزمه مائة درهم ، كذا روى عن محمد رحمه الله لأنه ذكر عدداً مبهماً مرة واحدة ، وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتد بعــدد واحد فصرح ليستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض ، وأقل ذلك مائة درهم ، وإن قال كذا كذا درهم يعني بالجر يلزمه ثلاثمائة ، لأنه ذكر عددين مبهمين بلا واو العطف وذكر الدرهم عقيبها بالخفض ، وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة ، لأن ثلاث عدد ومائة عدد وليس بينهما عاطف ، ويستقيم ذكر الدرهم عقيبها بالخفض .

وقال الكاكي رحمه الله وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحنبلي عن محمــــد انه ذكر إذا قال كذا درهم لزمه عشرون خلاف ما ذكره في الهــداية والتتمة وفتاوى قاضي خان ، ولم أجد في الكتب المشهورة لاصحابنا ، وعند ابن الحكم المالكي رحمــــه الله يلزمه عشرون .

(ولو ثلث كذا بغير واو) أي بغير واو العطف (فأحد عشر) أي فيلزمه أحــد عشر درهما (لانه لا نظير له سواه) أي لا نظير للتثليث بلا واو ، وتقديره انه يحمــل الواحد منها على التكرار ضرورة عدم ثلاثة أعداد ويجمع بينهما ذكرا بلا ذكر عاطف ، ويحمل الاثنــــان على أقل ما يعتاد التعبير عنــــه يذكر عددين بــلا عاطف ، وهو أحد عشر .

(وإن ثلث بالواو) بأن قال كذا وكذا وكذا (فمائة وأحــد وعشرون) أي يلزمه مائة واحد وعشرون درهما ، لانه عدد يعتاد التعبير عنه بثلاثة أعداد مع العاطف .

(وإن ربع) بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا (يزاد عليها الالف [1]) فتكون ألف ومائة وأحد وعشرين (لان ذلك نظيره) أي لان الذي ربعه بواو العطف نظيره في العدد

---

(١) الف ـ هامش .

قال وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين ، لأن علي صيغة إيجاب وقبلي ينبىء عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق ، لأن اللفظ يحتمل مجازاً حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله ، فيصدق موصولاً لا مفصولاً ، قال رحمه الله وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه إقرار بالامانة لأنه اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء

والمفسر، يعني لو قال علي لفلان الف ومائه وأحد وعشرون يلزمه ذلك لصراحته، فكذا يلزمه إذا ذكره بلفظ الكناية على العدد .

(قال وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين ، لان علي صيغة إيجاب) قال الله تعالى ﴿ ولله على الناس حج البيت ﴾ ٩٧ آل عمران ، ومحل الإيجاب الذمة (وقبلي) أي لفظ قبلي (ينبيء عن الضمان) يقال فلان قبل عن فلان أي ضمن ، وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال ، وسمى الصك والذي هو حجة الدين قبالة ، وهو ظاهر قول الائمة الثلاثة رحمهم الله (على ما مر في الكفالة) ومر هذا في اوائل كتاب الكفالة ، وهو قوله وكذا إذا قال أنا به زعيم وقبيل ، لان الزعمة هي الكفالة ، وقد مر بنا فيه ، والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمي الصك قبالة .

(ولو قال المقر هو وديعة) أي في قوله علي أو قبلي (و وصل) أي بقوله وديعة (صدق ، لان اللفظ يحتمل مجازاً) أي من حيث المجاز ، وبينه بقوله (حيث يكون المضمون عليه حفظه ، والمال محله) فكان إطلاق وصف الضمان على الوديعة تسمية للمحل باسم الحال ، كما يقال فهو جار لكنه مجاز مخالف للحقيقة فيصدق فيه إذا وصل كالاستثناء وهو معنى قوله (فيصدق موصولاً لامفصولاً) كما في الاستثناء .

(قال) أي المصنف رحمه الله (وفي بعض نسخ المختصر) يعني مختصر القدوري رحمه الله (في قوله قبلي انه إقرار بالامانة والدين ، لان اللفظ ينتظمها) أي الدين والامانة (حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والامانة جميعاً ، والامانة أقلهما)

عن الدين والأمانة جميعـاً ، والأمانة أقلهما ، والأول أصح . ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده ، لأن كل ذلك اقرار بكون الشيء في يـده ، وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة ، فيثبت أقلهما وهو الأمانة . ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو اجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار ، لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى ، فكأنه

فيحمل عليها (والاول أصح) وهو انه إقرار بالدين أصح ، ذكره في المبسوط ، وعلل بأن استعمالة في الدين أغلب ، فكان الحمل عليه اولى . وقال بعض الشراح ، وكان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر ما ذكره القدوري رحمه الله ، ثم يذكر ما ذكره في الاصل لان البداية شرح مسائل الجامـع الصغير والقدوري ، إلا أن المذكور في الاصل هو التصحيح فقدمه في الذكر .

(ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده ، لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده) لا في ذمته (وذلك) أي الإقرار بكون الشيء في يده (يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الامانة) وهو ظاهر من مذهب الائمة الثلاثة . وقال الاكمل ونوقض بما إذا قال له قبلي مـائة درهم دين ووديعة ودين . فإنه دين ولم يثبت أقلها ، وهو الامانة . وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين ، والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غـير ممكن ، وإهمالهما لا يجوز ، وحمل الدين على الوديعة حمـل الاعلى على الأدنى وهو لا يجوز ، لان الشيء لا يكون تابعاً لما دونه ، فتعين العكس .

(ولو قـال له رجل لي عليك الف درهم ، فقال إتزنها أو انتقدهـا أو أجلني بهـا أو قضيتكها فهو إقرار ، هـذا كله لفظ القدوري ، وقـال المصنف (لان الهاء في الاول) وهو قوله إتزنها (والثاني كناية عن المذكور في الدعوى ، فكأنه

قال اتزن الألف التي لـــك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور والتأجيل إنمـــا يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ، ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا .

قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكتابـــة) وهو قوله وهو الهاء (لا يكون إقرار لعدم إنصرافه إلى المذكور) أي لعدم انصراف حرف الكناية إلىقوله انتقد أو اتزن . وقال الشافعي وأحمد « رح » في قوله اتزن وانتقـــد لا يكون إقراراً بالهاء وغيره ، وبه قال بعض أصحاب مالك ، لانه لم يوجد مثـل ذلك فيمن يستهزىء ويبالغ في الجحود فلا يكون إقراراً بالشك . وعن بعض أصحاب الشافعي إذا كان بحرف الكناية يكون إقراراً كقولنا . وقال ابن سحنون المالكي يكون إقراراً في الوجهـــين إلا إذا اتزن أو اتزنها ما أبعدك من ذلك ، أو قال من أي ضرب تأخذها ما أبعدك منذلك فليس بإقرار (والتأجيل إنما يكون في حق واجب) لأنه لا يطلب التأجيل في غير دين لازم (والقضاء يتلو الوجوب) يعني في قوله قضيتك فيلزمه ، وبه قالت الأئمة الثلاثـــة (ودعوى الإبراء كالقضاء) يعني قوله أبراني كالقضاء فيلزمـــه . وعن بعض اصحاب الشافعي « رح » أن قوله أبرأتني عنـــه ليس بإقرار (لما بينا) أشار به إلى قوله إن القضاء يتلو للوجوب .

وفي المحيط لو قال لي عليك الف فقال اتزنها أو انتقدها أو اقعد فاقبضها أو خذهـــا أو لم تحل بعد هذا ، أو قال غـــداً أو أرسل من يتزنها أو يقضيها أو قال ليست مهيأة أو ميسرة اليوم . أو قال ما أكثر ما تتقاضى أو غممتني أو حتى يدخل على مالي ، أو حتى يجيء غلامي أو يقدم ، فهذه كلهـــا تدل على الوجوب . ولو قال أتزن أو انتقد أو أخر أو سوف أعطيك ولم يذكر مع حرف الكناية لا يكون إقراراً . ولو قال لى عليك الف فقال نعم إقراراً ، لأن نعم لا تستقل بنفسه ، أما لو قال لي عليك ألف فأومأ برأسه بنعم لا يكون إقراراً ، لأن الإشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الأخرس .

وكذا دعوى الصدقة والهبة ، لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب . وكذا لو قال أحلتك بها على فلان ، لانـــه تحويل الدين . قال ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً ، لانه أقر على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه ، فصار كما إذا أقر بعبد في يده وادعى الإجارة ، بخلاف الإقرار بالدراهم السود ، لانه صفة فيه وقد مرت المسألة في الكفالة . قال ويستحلف المقر له على الاجل لانـــه منكر حقاً عليه ، واليمين على المنكر .

(وكذا دعوى الصدقة والهبة) بأن قال تصدقت به علي أو وهبت لي (لأن التمليك يقتضى سابقة الوجوب) يعني هذا معنى التمليك منه وهذا لا يكون إلا بعد وجوب المال عليه في ذمته (وكذا) أي وكذا يدل على الوجوب. (لو قال أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين) من ذمة إلى ذمة .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الأجل[1] لزمه الدين حالاً) وبه قال أبو الخطاب الحنبلي . وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله لزمه الدين حالاً (لأنه أقر على نفسه بمال) أي بمال المقر له (وادعى حقاً لنفسه فيه) أي في المال فلا يصدق (فصار) هـــذا (كما لو أقر بعبد في يده وادعى الإجارة) لا يصدق في دعوى الإجارة (بخلاف الإقرار بالدراهم السود) يعني إذا أقر أن لفلان علي دراهم ، ولكنها تصدق (لأنه) أي لأن للسواد (صفة فيـــه) أي صفة أصلية في الدراهم ، لأن الدراهم لا تنطبع إلا بنش ، والأجل في الدين عارض لا يثبت بلا شرط . والقول لمنكر العارض (وقد مرت المسألة في الكفالة) أي في باب الضمان ببيان الفرق (قال ويستحلف المقر له على الأجل ، لأنه منكر حقاً عليه واليمين على المنكر) بالحديث.

---

(١) في المتن التأجيل .

وإن قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم . ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه وهو القياس في الاول ، وبه قال الشافعي ، لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها ، فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني . وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين ، وهذا فيما يكثر استعماله ، وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإن قال له علي مائة ودرهم) بالرفع (لزمه كلها دراهم ، ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه) أي إلى المقر (وهو القياس في الأول) أي لزوم درهم وتفسير المائة في قوله علي مائة ودرهم (وبه) أي وبالقياس (قال الشافعي « رح ») وبه قال أحمد في رواية (لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها) للتغاير بين المعطوف عليه (فبقيت المائة على إبهامها في الفصل الثاني) وهو قوله على مائة وثوب .

(وجه الاستحسان وهو الفرق) بين الفصلين (انهم) أي ان العلماء (استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره) أي بذكر الدرهم (عقيب العددين) ألا ترى انهم يقولون أحد وعشرون درهما يكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيراً للكل (وهذا) أي الاستثقال قال شيخ العلاء ، وقال الكاكي « رح » أي كون العطف للبيان (فيما يكثر استعماله وذلك) أي كثرة الاستعمال (عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك) فيما يثبت في الذمة ، وهو معنى قوله (في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ، ويجوز الاستقراض بها ، فإذا كثر وجوبها كثر الذكر ، فيعتبر ذلك الجنس في كل عدد فاكتفى ذكر الجنس في العدد الأخير

أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها، فبقي على الحقيقة وكذا إذا قال مائة وثوبان لما بينا ، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها ثياباً . قـــال ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمراً في قوصرة ، ووجهه

عن ذكره فيما سبق (وأما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها) وهذا لا يثبت الثياب في الذمة ديناً إلا سلما والشاة لا تثبت ديناً في الذمة أصلا (فبقي على الحقيقة)أي على الأصل ، وهو أن يكون بيان المجمل موقوفاً على المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت .

(وكذا) أي يرجع إلى المجمل في البيان (لو قال مائة وثوبان) فيرجع في بيان المائة إلى المقر (لما ذكرنا) أي الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها (بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب ، لأنه ذكر عددين مبهمين) وما مائة وثلاثة وانما كانا مبهمين،لأنه لا دلالة لهما على جنس من الأجناس (وأعقبهما تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى تدل على المغايرة (فانصرف اليهما) أي إلى العددين (لاستوائهما في الحاجة إلى تفسير فكان كلها ثياباً) لا يقال الأثواب جمع لا يصلح تمييزاً للمائة لأنهـا لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحداً .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن أقر بتمر في قوصرة) بالتشديد والتخفيف وهي وعاء للتمر منسوج من قصب ، وقيل إنما يسمى بذلك ما دام فيها التمر ، وإلا فهي زنبيل وهذا على عرفهم . وقال صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا ، وقـد روى أفلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة جميعاً . ثم قال ولا ادري صحة هـــذا البيت (لزمه التمر والقوصرة) هذا كلام القدوري رحمه الله . وقال المصنف رحمه الله (وفسره في الأصل) أي المبسوط (بقوله غصبت تمراً في قوصرة ، ووجهه) أي وجه لزوم التمر

أن القوصرة وعـــاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه ، وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق ، بخلاف ما إذا قـــال غصبت تمراً من قوصرة ، لان كلمة من للانتزاع فيكون إقراراً بغصب المنزوع. قال ومن أقر بدابة

والقوصرة جميعاً (أن القوصرة وعاء) أي للتمر (وظرف له) أي للتمر (وغصب الشيء وهو مظروف) أي والحال انه في الظرف (لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه) أي فيلزم التمر والقوصرة للمقر .

(وكذا) أي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت (الطعـام في السفينة) لأن السفينة ظرف له فلا يتحقق بدون المظروف (والحنطة في الجوالق) فيما إذا غصبت الحنطة في الجوالق بفتح الجيم جمع جولق بالضم ، والجواليق بالياء تسامح (بخلاف ما إذا قال غصبت تمراً من قوصرة ، لأن كلمـة من للانتزاع) أي لنزع الشيء من الشيء (فيكون اقراراً بغصب المنزوع) وبقولنا قال أحمد رحمه الله في رواية . قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في رواية يكون الإقرار بالمظروف لا بالظرف ، والأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين ، أحدهما ظرف للآخر ، فان كان ذكرهما بكلمة في فيلزم الظرف والمظروف وإن كان بكلمة من يلزم المظروف دون الظرف. ولو أقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهماً في درهم لم يلزمه الثاني ، لأنه لا يصلح ظرفاً للأول .

ولو قال غصبت إكافا على حمار أو سرجاً على فرس كان إقراراً بغصب الإكاف خاصة وبه قالت الائمة الثلاثة . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في مبسوطه لو أقر أنه غصب ثوباً في منديل كان مقراً بالثوب والمنديل ، وكذلك لو قال غصبتك عشرة أثواب في عشرة كان مقراً بها . وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك كذا وكذا مع كذا وقال كذا بكذا وقال كذا عليه كذا لزماه جميعاً . ولو قال كذا من كذا وكذا على كذا لزمه الأول فقط يعلم وجهها ما ذكرناه.

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن أقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة)وبه

في اصطبل لزمه الدابة خاصة ، لأن الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعلى قياس قول محمد يضمنها ومثله الطعام في البيت . قال ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص ، لأن اسم الخاتم يشمل الكل ومن أقر بسيف فله النصل والجفن والحمائل ، لأن الإسم ينطوي على الكل ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة لإطلاق الاسم على الكل عرفاً ،

قالت الائمة الثلاثة « رح » وإنما قال لزمه ولم يقر إقراراً بالدابة إما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعاً ، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الرواية خاصة ، واليه أشار بقوله (لأن الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » وعلى قياس قول محمد « رح » يضمنها) أي الدابة والاصطبل ، وقد علم أن غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافاً لمحمد « رح » (ومثله الطعام في البيت) أي ومثل إقرار بالدابة في الاصطبل قوله غصبت الطعام في البيت فلا يلزم إلا الطعام عندهما ، وعند محمد « رح » يلزمانه . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت عند محمد «رح»لانه يرى الغصب في البيت ، وهما لا يريانه فيضمن الطعام لا غير .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص ، لأن اسم الخاتم يشمل الكل) وهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية (ومن أقر لهبسيف فله النصل) وهو حديدة السيف (والجفن) هو غمده ، أي بخلافه (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف (لأن الاسم) أي اسم السيف (ينطوي على الكل)أي ينطلق على كل السيف .

(ومن أقر بحجلة) وهو بيت يزين بالثياب والاسر (فله العيدان) برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود (والكسوة لإطلاق الاسم على الكل عرفاً) ولانعلم

وإن قال غصبت ثوباً في منديل لزمـــاه جميعاً ، لأنه ظرف ، لأن الثوب يلف فيه ، وكـذا لو قـــال علي ثوب في ثوب لأنه ظرف ، بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد ، لأنه ضرب لا ظرف . وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف « رح » . وقـــال محمد « رح » لزمه أحد عشر ثوباً ، لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ، ولأبي يوسف « رح » أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضاً ، قال الله تعالى

خلافاً في هذه المسائل (وان قال غصبت ثوباً في منديل لزمـــاه جميعاً لانه) أي لان المنديل (ظرف ، لان الثوب يلف فيه) والخلاف فيـــه كالخلاف في الاقرار بالتمر في القوصرة .

(وكذا لو قال علي ثوب في ثوب) أي يلزمه الثوبين جميعاً (لأنه ظرف) ولا يتحقق ذلك الإبهام (بخلاف قوله درهم في درهم) يعني لو قال علي لفـــلان درهم في درهم (حيث يلزمه واحد) أي درهم واحد (لأنه ضرب) أي ضرب حساب (لا ظرف) وقد مر .

(وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف « رح» وقال محمد « رح » لزمه أحد عشر ثوباً ، لأن النفيس من الثياب قد يلف فيعشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف) قيـــل إنه منقوض على أصله بأن قال غصبته كرباساً في عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد رحمـــه الله مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعـــاء للكرباس عادة .

(ولأبي يوسف « رح » أن حرف في يستعمل للبين (١) والوسط أيضاً ، قال الله تعالى

---

(١) في البين — هامش .

﴿ فادخلي في عبادي ﴾ ٢٩ الفجر ، أي بين عبادي فوقع الشك ، والأصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء ، فتعذر حمله على الظرف فتعـــين الأول محملاً . ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريـد الضرب والحساب لزمـه خمسـة ، لأن الضرب لا يكثر المـال . وقـال الحسن « رح » يلزمـه خمسة وعشرون ، وقد ذكرناه في الطلاق

﴿ فادخلي في عبادي ﴾ ٢٩ الفجر ، أى بين عبادي فوقع الشك) لأن كلمة في لما استعملت في معنى بين كما استعملت للظرف لم يلزمه إلا ثوب واحد لوقوع الشك فيما زاد عليه ، فلا يجوز والمال لا يجب بالشك والاحتمال (والأصل براءة الذمم) لأنها خلقت برية عرية عن الحقوق ، فلا يجوز شغلها إلا بحجة قوية ، فلما لم يصلح العشرة للظرف صار كقولهغصبتك درهماً في درهم (على أن كل ثوب) أي مع أن كل ثوب (موعى) أو مظروف في حق ما وراءه (وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف) كذلك (فتعين الأول) هو كونـه بمعنى البين (محملا) بفتح الميم وسكون الحاء المهملة ، أي من حيث الحمل على معنى البين .

(ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمـه خمسة) وبه قال الشافعي رحمه الله (لأن الضرب لا يكثر المال) يعني أثر الضرب في تكثير الإجزاء لإزالة الكسر لا في زيادة المال .

(وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون) أي قال الحسن بن زياد يلزمه خمسة وعشرون إن أراد الضرب ، وبه قال أحمد ومالك « رح » في رواية ، وقال زفر يلزمه العشر إذا أطلق (وقد ذكرناه في الطلاق) أي في باب إيقاع الطلاق . وقـال الاترازي « رح » ولم يذكر صاحب الهداية ثمة صريحاً بل فهم ذلك بالإشارة من الخلاف الواقـع بيننا وبين زفر « رح » في قوله أنت طالق ثنتين في ثنتين ، وقد أراد الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان

ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة ، لأن اللفظ يحتمله . ولو قـــال له علي من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الإبتداء وما بعده ، وتسقط الغاية ، وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان . وقال زفر يلزمه ثمانية ولا

وعنده يقع ثلاث ، وإنما ذكر مسألة الإقرار صريحاً في كتاب الطلاق في الجامع الصغير . قال في شرح الكافي لو قال له علي درهم مع درهم أو معه درهم لزمه درهمان ، وكذلك لو قال قبله درهم أو بعده درهم ، ولو قال درهم فدرهم أو درهم ودرهم لزماه جميعاً . ولو قال درهم درهم لزمه درهم واحد فرق بين هذا وبين قوله لامرأته أنت طالق طالق حيث يقع ثنتان ، لأن الإقرار إخبار فيجعل الثاني مؤكداً للأول والطلاق إنشاء والتأكيد لا يدخل في الانشاء فكان الثاني غير الأول فاقتضى وقوع طلاق آخر . ولو قال له علي درهم بدرهم لزمه درهم ، لأن الباء للبدلية يعني عوضه درهم ، وكذا إذا قـــال له علي درهم لأنه وصف الأول بالوجوب ، والثاني يكون موضوعاً له فلا يتنصف الثاني بالوجوب فيلزمه درهم واحد ، ولو قال له علي درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم .

(ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة ، لأن اللفظ يحتمله)لأن مـع للمصاحبة (ولو قال له علي من درهم إلى عشرة ، أو قال ما بين) أي أو قال له علي ما بين (درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفةرحمه الله) وبه قال الشافعي « رح » فـي قـــول مالك « رح » في رواية وأحمد في وجه (فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية) وهي العاشرة من العشرة .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان) أي الابتداء والانتهاء ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول ومالك في رواية وأحمد في وجـه ومالك في رواية في قوله ما بين درهم إلى عشرة .

(وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان) أي الابتداء أو الانتهـــاء كما ذكرنا

تدخل الغايتان . ولو قال له من داري ما بين هـــذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقـد مرت الدلائل في الطلاق .

فصـــل

قال ومن قال لحمل فلانة علي ألف درهم فإن قال أوصى له فلان أو مـات أبوه فورثه فالإقرار صحيـح ، لأنـــه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له

(ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له مـــن الحائطين شيء) أي له أي للمقولة ما بين الحائطين شيء (وقد مرت المسائل مع الدلائل في الطلاق) الشراح كلهم ما تكلموا هنا شيء اكتفاء بما ذكره المصنف رحمه الله في كتاب الطلاق ، وبالله التوفيق .

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان مسائل الحمل ذكرها بفصل على حـــدة إلا انه ألحق مسائل الخيار بها اتباعاً للمبسوط .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ، فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالاقرار صحيح ، لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له) أي للحمل ، وذلك لأن هذا الاقرار صدر من أهله مضافاً إلى محله ولم يتيقن بكذب ما أقر به ، فكان صحيحاً كما لو أقر به بعد الانفصال ، لأن الجنين أهـــل أن يستحق شيئاً بالميراث أو الوصية وإن كان بين وجهاً لا يستقيم وجوب المال بـــه للجنين فإنه لا يصح إقراره ولا يلزمه شيء ، كما إذا قال لما في بطن فلانة علي الف درهم بالبيع أو الاجارة أو الاقراض ، فإن الاقرار لم يضف إلى محله وهو ظاهر ، كما لو أقر انه قطـــع يد فلان عمداً أو خطأ ويد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الاقرار شيء ، لأنه كذب بيقين .

ثم إذا جاءت به حياً في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار لزمه ، فإن جاءت به ميتاً فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته ، لأنه إقرار في الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل . ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما . ولو قال المقر باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء ، **لأنه بين سبباً مستحيلاً . قال فإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف ، وقال محمد يصح**

(ثم إذا جاءت به حياً) أي ثم إذا جاءت فلانة بالولد (في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الاقرار) أي كان موجوداً وقت الاقرار بأن ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار (لزمه) أي لزم الرجل ما أقر به ، وان جاءت به لاكثر من سنتين وهي معتدة فكذلك ، وأما اذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه (فإذا جاءت به ميتاً فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته) أي بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث (لانه إقرار في الحقيقة لهما) أي للموصي والمورث (وإنما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وقال مالك « رح » يبطل إقراره لعدم مستحقه .

(ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما) أي ان كانا ذكرين أو انثيين، وإن كان احدهما ذكراً والآخر انثى ففي الوصية بينهما نصفين ، وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين .

(ولو قال المقر باعني) يعني لو قال لحمل فلانة علي الف من ثمن شيء باعني (أو أقرضني) أي أو قال حمل فلانة أقرضني الف درهم (لم يلزمه شيء لأنه بين سبباً مستحيلا) إذ البيع أو الاقراض من الجنين حقيقة وهو ظاهر ، وكذا حكماً لانه لاولاية لأحد على الجنين حتى يصير تصرفه كتصرفه ، فصار كلامه لغواً فلا يلزمه شيء .

(وإن أبهم الاقرار) إن لم يعين سببه (لم يصح الاقرار عند أبي يوسف « رح ») وقيل أبو حنيفة « رح » معه ، وبه قال الشافعي « رح » في قول (وقال محمد يصح)

لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ، ولأبي يوسف « رح » ان الإقرار مطلـــق ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه يصير كما إذا صرح به . قال ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه ، لأن له وجهـــاً صحيحاً وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه . قال ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط ، لأن الخيار

وبه قال أحمد والشافعي « رح » في الاصح وهو قول مالك (لأن الاقرار من الحجج ، فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح) بأن يقول اوصى له فلان أو مات أبوه فورثه تصحيحا لكلام المعاقل (ولابي يوسف « رح » إن الاقرار مطلق ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه) أي على الاقرار بسبب التجارة ، ولا يحمل إقرارهما على دين المهر وإرش الجناية حتى لا يؤاخذ العبد في حال رقه ولا يؤاخذ الشريك الآخر (فيصير كما إذا صرح به) أي يصير المقر به كما إذا صرح بدين التجارة بدلالة العرف .

(قال) أي القدوري (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه لان له) أي بهذا الاقرار (وجهاً صحيحاً وهو الوصية به بدون جهة غيره) بأن أوصى به له مالك الجارية ومالك الشاة ، فإذا كان كذلك (فحمل عليه) بالوجه المذكور . وقال الشافعي « رح » إن أطلق لا يصح في قول نقله المزني عنه ، وفي قول يصح وهو الاصح وبه قال أحمد ومالك « رح » إن تيقن بوجوده عند الاقرار .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) صورته إن أقر لرجل بدين من قرض أو غصب أو وديعة قائمة أو مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة أيام فالاقرار جائز ويبطل الشرط (لان الخيار) لا يليق بالاخبار لانه لا يتغير به الاخبار ،

للفسخ والإخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل .

ولانه اي لان الخيار في الحقيقة (للفسخ والاخبار لا يحتمله) لان الخبر إن كان صادقا بمطابقته للواقع فلا يتغير باختياره وعدم اختياره ، وان كان كاذبا لم يتغير باختياره (ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة) وهي قوله علي ونحوه (فلم ينعدم بهذا الشرط الباطل) لأن الباطل لا تأثير له ، أما لو أقر بدين من ثمن مبيع على أنه فيه بالخيار فإن هناك يثبت الخيار إذا صدقه صاحبه ، لأن سببه يقبل الخيار ، وإن كذبه صاحبه لم يثبت الخيار ، لأن مطلق البيع اللزوم ، والخيار أمر عارض فلا يثبت إلا بحجة . ولو أقر بدين من كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة أو قصيرة فإن صدقه المقر له فهو كما قال ، والخيار ثابت له إلى آخر المدة ، لأن الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه ، فيجعل ما تصادقا كالمعاين في جهتهما ، كذا في المبسوط .



باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي

(باب الاستثناء وما في معناه)

أي هذا باب في بيان حكم الاستثناء وما في معناه ، والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف ، وهو متصل ، وهو الإخراج والتكلم بالباقي ومنفصل، وهو ما لا يصح إخراجه قوله وما في معناه ، أي وما في معنى الاستثناء في كونه مغيراً وهو الشرط .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لا بد من الاتصال ، وهو مذهب الأئمة الأربعة « رح » وفيه خلاف بعض العلماء ، ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التأخير ، واستدل بقوله ﷺ والله لأغزون قريشاً ، ثم قال بعد سنة إن شاء الله . وأجيب بأن هذا لم يكن على وجه الاستثناء ، بل هو امتثال لما أمر به في قوله عز وجل واذكر ربك إذا نسيت . وعن عبدالملك المالكى لا يصح الاستثناء ، وعنه أنه لا يصح استثناء الآحاد من العشرات ولا المئين من الالوف ، بل يصح استثناء الآحاد والعشرات من المئين والالوف ، واستثناء الأقل والأكثر يجوز . وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الأقل . وعن أحمد « رح » مثله . وفي الكافي وعن أبي يوسف ومالك « رح » مثله وفي الحلية وبه قال ابن درستويه النحوي وأحمد « رح » ولكن ما ذكره من قول مالك « رح » لم يكن مشهوراً عند أصحابه ، واستثناء الكل من الكل لا يجوز بلا خلاف . وذكر المصنف في زياداته هذا إذا استثنى بعين بذلك اللفظ بأن قال نسائى طوالق إلا نسائى ، أما لو قال نسائي طوالق إلا عمرة وزينب وفاطمة حتى أتى على الكل صح ، وكذا لو قال نسائي طوالق إلا هؤلاء صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن .

لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ، ولكن لا بد من الاتصال ، وسواء استثنى الأقل أو الأكثر فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الإستثناء ، لأنــــه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً وقد مر الوجه في الطلاق . ولو قال له علي مائة درهم إلا ديناراً وإلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار والقفيز ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . ولو قال له علي مائـــة درهم إلا ثوباً لم يصح الاستثناء .

(لأن الاستثناء مع الجملة) أي الصدر (عبارة عن الباقي) لأن معنى قوله على عشرة إلا درهما معنى قوله على تسعة (ولكن لا بد من الاتصال) أي اتصـال الاستثناء بقوله وإلا لا يصح وقد مر بيانه الآن (وسواء استثنى الأقل أو الأكثر) أي أقل من البـاقي وأكثر منه كما في قوله لفلان علي الف درهم إلا أربعمائـة ، ولفلان علي ألف إلا ستمائة والدليل على ذلك قوله عز وجل ﴿ قم الليل إلا قليلا ، نصفه أو انقص منه قليلا، أو زد عليه ﴾ ٢-٤ المزمل ، لأن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة إلا وراء المستثنى، ولا فرق في ذلك بين الاستثناء في الأقل أو الأكثر .

(فان استثنى الجميع لزمه) أي لزم المقر (الإقرار) أي كل مـــا أقر به (وبطل الاستثناء ، لأنه) أي الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أي المستثنى (ولا حـاصل بعده) أي بعـــد استثناء الكل عن المقدر (فيكون رجوعاً) والرجوع عن الإقرار لا يصح (وقد مر الوجه في الطلاق) أي قد مر وجـــه ذلك في كتاب الطلاق في فصل الاستثناء .

(ولو قال له علي مائة درهم إلا ديناراً وإلا قفيز حنطة لزمه مـــائة درهم إلا قيمة الدينار والقفيز ، وهذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة وأبى يوسف « رح » . ولوقال له علي مائة درهم إلا ثوباً لم يصح الاستثناء) أما صحة الوجه الأول فلأنه استثناء القدر

وقال محمد « رح » لا يصح فيهما . وقال الشافعي « رح » يصح فيهما . لمحمد أن الإستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ ، وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس . وللشافعي انهما اتحدا جنساً من حيث المالية . ولهما أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية . وهذا في الدينار ظاهر ، فالمكيل والموزون أوصافهما

من المقدر وهو صحيح استحساناً ، ويطرح قدر قيمة المستثنى بما أقر به ، وأما عدم جواز الوجه الثاني فلا بد من استثناء غير المقدر فلا يصح الاستثناء .

(وقال محمد رحمه الله لا يصح فيهما) وهو القياس ، وبه قال زفر « رح » وأحمد (وقال الشافعي « رح » يصح فيهما) وبه قال مالك « رح » (لمحمد « رح » أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعني إن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر (وهذا لا يتصور في خلاف الجنس) وفي بعض النسخ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس .

(وللشافعي انهما) أي أن المستثنى والمستثنى منه (إتحدا جنساً) أي من حيث الجنس (من حيث المالية) حاصله أن اشتراط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظي . وقال الأكمل وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضاً ، وهو الحق . وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناه على أن الاستثناء يعارض الصور وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح ، لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ، ونحن نقول بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو إخراج إلى اثبات المجانسة لأجل الدخول هنا .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن المجانسة في الأول) أي في الوجه الأول وهو قوله علي مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة (ثابتة من حيث الثمنية) لأنها تثبت في الذمة ثمناً (وهذا في الدينار ظاهر ، فالمكيل والموزون أوصافهما

أثمان ، أمـا الثوب فليس بثمن أصلاً ، ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة ،وما يكون ثمناً صلح أن يكون مقدراً للدراهم ،فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمناً لا يصلح مقداراً ، فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً فلا يصح. قال ومن أقر بحق وقال إن شاء الله تعالى متصلا بإقراره لا يلزمه الإقرار ، لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى ، إما إبطال أو تعليق ،

أثمان) فإنها إذا وصفت تثبت في الذمة حالاً ومؤجلا ، وجاز الاستقراض بها . ولو عين يتعلق بأعيانها ، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمها حكم الدينار ، وهـــذا يستوى الجيد والردي فيهما ، فكان في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى .

(أما الثوب فليس بثمن أصلا ، ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) احـترز به عن السلم ، فانه يجب في السلم (وما يكون ثمناً صلح أن يكون مقـــدراً) بكسر الدال على صيغة الفاعل (للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم) فيكون تقديره له على الف إلا قدر قيمة المستثنى (وما لا يكون ثمناً لا يصلح أن يكون مقدراً) لعدم المجـــانسة (فبقى المستثنى من الدراهم مجهولاً) فجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه (فـلا يصح) أي الاستثناء فتعتبر على البيان . وفي الذخيرة وإذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى على المقر ، وإن كانت قيمة المستثنى تفترض ما أقر به لا يلزمه شيء ، ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى يلزم جهالة المقر به مخالفاً لما ذكر في الذخيرة محـالاً إلى المنتقى . قال أبو حنيفة « رح » لو قال لفلان علي مائة درهم إلا قليلا فعليه أحد وخمسون درهما ، وكذا في نظائرها نحو قوله الأشياء ، لأن الشيء استثناء الأقـــل . وعن أبي يوسف « رح » لو قال علي عشرة إلا بعضاً فعليه أكثر من النصف.

(قال) أي القدوري « رح » (ومن أقر بحق وقال إن شاء الله تعالى متصلا بإقراره لم يلزمه [1] ذلك الإقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى ، أمـا إبطال) عند محمد (أو

---

(١) لا يلزمه — هامش .

فإن كان الأول فقد أبطل،وإن كان الثاني فكذلك ، أما لان الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط ، أو لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق ، بخلاف مـــا إذا قال لفلان علي مائة درهم إذا مت أو إذا جاءرأس الشهر أو إذا أفطر الناس لانهفي معنى بيان المدة

تعليق) عند أبي يوسف قاله الأترازي ، ثم قال بيانه فيما قـــال في كتاب الطلاق عن الفتاوى الصغرى والقسمة إذا قال أنت طالق إن شاء الله تعالى فهو يمين عند أبى يوسف حتى لو قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله تعالى يحنث ، وعند محمد « رح » لا يكون يميناً حتى لا يحنث به عنده .

فإن قلت قال الأكمل وغيره الاستثناء بمشيئة الله تعالى إبطال كما هو مذهبأبييوسف « رح » أو تعليق كما هو مذهب محمد « رح » وهـــذا مخالف لما قاله الأترازي . قلت لا مخالفة ، لأن الكاكى لما قال قال محمد إبطال ، وقال أبو يوسف تعليق ، قال وقيـل الاختلاف على العكس ثم قال الأكمل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله تعالى أنت طالق عند أبي يوسف « رح » لا يقع الطلاق لأنه إبطال . وعند محمد لا يقع لأنه تعليق ، فإذا قـدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فيقع ، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار .

(فإن كان الاول) وهو الابطال (فقـــد أبطل ، وإن كان الثـاني) وهو التعليق (فكذلك) أي بطل (أما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لان الإقرارإخبار بما سبق ، والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة (أو لانه) أو لان التعليق (شرط لا يوقف عليه) والتعليق بمثله يكون اعداما من الأصل ، فيصير بمنزلة الابطال (كما ذكرنا في الطلاق) أي فصل الاستثناء (بخلاف ما إذا قال لفلان علي مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذاأفطر الناس لانه في معنى بيان المدة) وذلك من حيث العرف ، لان الناس يعتبرون بذكر هــذه الاشياء محل الاجل فحسب ، لأن الدين المؤجل يصير حالاً بالموت ومجيء رأس الشهر ، ومع هذا من أجال الناس فتركت الحقيقة

فيكون تأجيلا لا تعليقاً حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالاً . قال ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء ، لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لا لفظاً ، والإستثناء تصرف في الملفوظ

لعرف (فيكون تأجيلا لا تعليقا) فيلزمه الاقرار (حتى لو كذبه المقر له في الاجـــل يكون المال حالاً) وعند الشافعي « رح » يجب المال مؤجلا . وفى شرح الكافى لو قال افلان علي الف درهم إن شاء فلان فقال فلان شئت فهذا الإقرار باطل، لأنه علق واللزوم حكم السحر لا حكم التعليق ، وكذلك لكل إقرار علق بمطر أو شرط نحو قوله إن دخلت الدار وإن مطرت السماء، أو إن هبت الريح ، أو إن قضى الله، أو إن أراده، أو إن رضيه ، أو إن أحب ، أو إن أصبت مالاً ، أو إن كان كذلك ، أو إن كان ذلك حقاً ، لأنه تعليق الإقرار بالشرط فلا يكون إقراراً للحال ، ولا يمكن جعله إقراراً للحال ، ولا يمكن جعله إقراراً عند وجود الشرط لأنه ليس بموجود في تلك الحالة ، بخلاف تعليق الطلاق والعتاق .

(قال) أي القدوري « رح »(ومن أقر بدار) بأن قال هذه الدار لفلان (واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبنـــاء ، لأن البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظاً) يعني إسم الدار لا يتناول البناء مقصوداً ، لأن البناء وصف فيه ، والوصف يدخل تبعاً لا قصداً (والاستثناء تصرف في اللفظ) يجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار ولا يتحقق فيه عمل الاستثناء .

فإن قلت يشكل بما إذا قال لفلان علي ألف درهم إلا قفيز حنطة ، فإن الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظـــاً حتى صح استثناؤه . قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى ، فتناولها من حيث اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ، ولا كذلك الدار فإنهـــا ليست باسم العرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكراً للبناء بطريق التناول ، بل الدار اسم العرصة ، والبناء صفة ، والوصف يدخل تبعاً لا قصداً فلا يصح استثناء الوصف فافترقا .

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار ، لانــــه يدخل فيه تبعاً لا لفظاً ، بخلاف مـــا إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها لانه داخل فيه لفظاً . ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال ، لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء ، فكأنه قال بياض هذه الارض لفلان دون البناء . وبخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً حيث يكون البناء للمقر له ، لان الإقرار بالارض إقـــرار بالبناء كالإقرار بالدار . ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فـــإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر

(والفص في الخـــاتم والنخلة في البستان نظير البنـــاء في الدار) يعني كما لا يصح استثناء البناء،لا يصح استثناء الفص والحلقة (لأنه يدخل فيه) أي يدخل تحت الصدر (تبعاً لا لفظاً) ، بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها) بأن قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها (أو إلا بيتاً منها) أي أو قال هذه الدار لفلان إلا بيتاً منها (لأنه) أي لأن كل واحد من الثلث والبيت (داخل فيه لفظاً) ومقصوداً ،حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن.

(ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال) يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان (لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء ، فكأنه قال بياض هذه الأرض لفلان دون البناء لفلان) والبناء لا يتبعها (بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً) يعني قال بناء هذه الدار لي والأرض لفلان (حيث يكون البناء للمقر له) مع الأرض خلافاً للأئمة الثلاثة « رح » (لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار) حيث تكون الأرض والبنـــاء للمقر وإن استثنى البناء ، لأن البناء داخل في الإقرار ، كما أن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء ، لان الإقرار بالاصل إقرار بالتبع .

(ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فإن ذكر عبداً

له إن شئت فسلم العبد وخذ الالف وإلا فلا شيء لك ، قال « رض » هذا على وجوه ، أحدها هـــذا ، وهو ان يصدقه ويسلم العبد ، وجوابه ما ذكرنا ، لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة . والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه ، وإنما بعتك عبداً غير هذا ، وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له ، وقـــد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود . والثالث أن يقول العبد عبدي مـــا بعتك ، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء ، لانه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد ، فلا يلزمه دونه .

بعينه قيل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الالف ، وإلا فلا شيء لك) إلى هنا لفظ القدوري رحمه الله .

(قال) أي المصنف رحمه الله (وهذا) أي المذكور (على وجوه أحدها هذا) أي الذي ذكره القدوري (وهوأن يصدقه) أي يصدق المقرله المقر (ويسلم العبد ، وجوابه) أي جواب هذا الوجه (ما ذكرنا) وهو أن يقال للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الالف وإلا فلا شيء لك (لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) فلو علمنا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده كان عليه ألف درهم ، كذا ها هنا .

(والثاني) أي الوجه الثاني (أن يقول المقر له : العبد عبدك مابعتكه وانما بعتك عبداً غير هذا وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود) كما لو قال لك علي ألف عصبة صك ، وقال لا بل استقرضت مني ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر أو المقر له . وقال الكاكي لان الاسباب مطلوبة بأحكامها لا بأعيانها ، ولا يعتبر التكاذب في السبب بعـــد اتفاقها على وجوب أصل المال .

(والثـالث) أي الوجه الثالث (أن يقول العبد عبدي ما بعتك ، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء ، لانه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه) فإذا لم يسلم له

ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان ، لان المقر يدعي تسليم من عينه ، والآخر ينكر ، والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره ، والآخر ينكر ، فإذا تحالفا بطل المال . وهذا إذا ذكر عبداً بعينه .

وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمـــه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، لانه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة علي وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند

العبد لا يسلم للمقر له بدله ، وفي هذا أيضاً لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر له ، لانه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد .

(ولو قال مع ذلك) أي ولو قال المقر له مع إنكار العبد المقر به ما بعتكه (إنما بعتك غيره يتحـالفان) لان كل واحد مدع ومنكر أشار إليه بقوله (لان المقر يدعي تسليم من عينه ، والآخر ينكر ، والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره ، والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال) يعني بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده (وهذا) أي هذا المذكور (إذا ذكر عبداً بعينه وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولايصدق في قوله مــا قبضت عند أبي حنيفة « رح » وصل أم فصل ، لانه رجوع ، فانه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمـة علي وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً) لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك إذ لا طريق للتوصل إليه ، لان ما من عبد يحضره إلا والمشترى أن يقول المبيع غير هذا ، وتسليم الثمن لا يجب إلا بعد إحضار المعقود عليه ، فعرفنا انه في حكم المستهلك وثمن المستهلك غير واجب ، إلا أن يكون مقبوضاً فيكون الإقرار بوجوب ثمنـــه إقراراً بقبضه . وإذا أقر بالقبض يكون قوله لم أقبضه رجوعاً بعد الإقرار .

(لان الجهـــالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط

الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع بوجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولا . وقال ابو يوسف ومحمد « رح » إن وصل صدق ولم يلزمه شيء ، وإن فصل لم يصدق إذا انكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد ، وإن اقر انه باعه متاعاً فالقول قول المقر . ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سبباً وهو البيع ، فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله

بأمثاله توجب هلاك المبيع ، فيمتنع وجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولاً) بيانه أن أول كلامه إقراراً يوجب الثمن،وآخر يوجب سقوطه وذلك رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولاً .

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن وصل صدق ولم يلزمه شيء) كما في المتين ، وبه قالت الائمة الثلاثة (وإن فصل لم يصدقه إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد . وإن أقر أنه) أي أن المقر له (باعه متاعاً فالقول قول المقر . ووجه ذلك) أي وجه كون القول للمقر (أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سبباً) يعني أن قوله لفلان علي ألف درهم إقرار بوجوب المال عليه ، وقوله من ثمن متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب (وهو البيع ، فان وافقه الطالب) وهو المقر له (في السبب) قال الاكمل رحمه الله ونظر ،لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جوابه وقوله (وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض) لا يصلح لذلك ، أى كالبيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشترى ، أى وجوب الثمن عليه قبل قبض المبيع متزلزل ، لانه عسى يهلك المبيع فيسقط الثمن ، والمدعي الذي هو المقر له يدعي قبض الثمن (والمقر ينكره ، فيكون القول قوله) أى للمنكر .

وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً لان صدر كلامه للوجوب مطلقاً وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا . ولو قال ابتعت منه عيناً الا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض ، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن . قال وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير ، ومعنى المسألة إذا قال لفلان على الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة « رح » وصل ام فصل ، لانه رجوع ، لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً، وأول كلامه للوجوب.

(وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً ، لان صدر كلامه للوجوب مطلقاً) لان مقتضى أول الكلام أن يكون مطالباً بالمال في الحال رجوعاً إلى كلمة علي (وآخره) أي وآخر الكلام (يحتمل انتفاؤه) أي انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً) كالاستثناء .

(ولو قال ابتعت منه عيناً شيئاً) أي مبيعاً (إلا اني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع) وبه قالت الائمة الثلاثة (لانه ليس من ضرورة البيع القبض) فان الشراء بشرط الخيار لا يوجب الثمن عليه في الحال (بخلاف الإقرار بوجوب الثمن) فان من ضرورته القبض .

(قال) أى القدورى رحمه الله (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) وقال المصنف (ومعنى المسألة) أي المسألة التي ذكرها القدوري (إذا قال لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة « رح» وصل أم فصل ، لانه رجوع ، لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً ، وأول كلامه للوجوب) وهو قوله علي فيكون رجوعاً عن الإقرار فلا يصدق ، وبه قال الشافعي رحمه

وقالا إذا وصل لا يلزمه شيء ، لانه بين بآخر كلامه انه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخرها إن شاء الله .

قلنا ذلك تعليق ،

الله في الاصح وأحمد « رح » ، ولم يذكر القدوري في مختصره الخلاف ، وإنما ذكره والاسبيجابي .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (إذا وصل لا يلزمه شيء) وبه قال مالك والشافعي « رح » في قول واسحاق واختاره المزني (لانه) أي لان الإقرار المقر (بين بآخر كلامه انه ما أراد به الإيجاب) وقال الاسبيجابي مما مرا على أصلهما ، لان هذا بيان مغير ، ولكن هذا فيما إذا كذبه الطالب ، أما إذا صدق في ذلك لا يلزمه شيء في قولهم جميعاً ، لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ، وكذا الحكم فيها اذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم .

وفي الاجناس رواية هشام لو قال لفلان عليه ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير وهما مسلمان . وقال الطالب بل هو من ثمن بزنا المال لازم للمطلوب في قول أبي حنيفة « رح » مع يمين الطالب ، وقال القول قول المطلوب مع يمينه ولا شيء عليه ، ألا ترى أنه لو قال علي درهم ثمن ميتة أو رطل خمر كان باطلاً ، ثم قال في الأجناس من ذكر نوادر أبي يوسف « رح » رواية ابن سماعة لو قال لفلان علي ألف درهم حرام أو باطل لزمه في قول أبي حنيفة « رح » . وفي الذخيرة لو قال له علي ألف درهم حرام أو ربا يلزمه الألف ، لأن الحرام عنده لعله يكون حلالاً عند غيره ، ولعل الربا عنده ليس بربا عند غيره . ولو قال له علي ألف زورا وباطل إن صدقه فلان فلا شيء عليه ، وإن كذبه فعليه الألف .

(فصار) أي حكم هذا (كما إذا قال في آخر[1] كلامه إن شاء الله تعالى) يعني إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق فلذا (قلنا) هذا جواب عن قياسها على مسألة الاستثناء بالمشيئة ، تقريره أن يقال (ذلك تعليق) بالشرط ، والتعليق بالشرط من

---

(١) في آخره ـ هامش .

وهذا إبطال ، ولو قال له علي ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضتني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو بنهرجة ، وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة ، وقالا إن قـــال موصولاً يصدق ، وإن قال مفصولاً لا يصدق ، وعلى هذا الخلاف إذا قـال هي ستوقة أو رصاص وعلى هذا إذا قال إلا أنها زيوف ، وعلى هذا إذا قال لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع . لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء ، وهـــذا لأن اسم الدراهم

بـــاب التغيير ، فيصح موصولاً (وهذا) أي الذي نحن فيه (إبطال) والإبطال رجوع فلا يصح .

(ولو قـال له علي ألف درهم من ثمن متاع ، أو قال أقرضتني ألف درهم ثم قال هي زيوف) جمع زيف وهو الذي يقبله التجار ويرده بيت المال (أو بنهرجة) هي دون الزيوف ، لأن التجار ترده (وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة « رح ») وصل أم فصل (وقالا) أي قال أبو يوسف و محمد (إن قال موصولاً يصدق وإن قال مفصولاً لم يصدق) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » (وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة) وهي أردأ من النبهرجة (أو رصاص) أي أو قـــال هي رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة « رح » وصل أم فصل ، وعندهما يصدق ان وصل . وفي جامع قاضي خان عن أبي يوسف فيه روايتان في رواية مع أبي حنيفة ، وفي رواية مع محمد (وعلى هذا) الخلاف (إذا قال إلا انها زيوف ، وعلى هذا إذا قال لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع) تجري الزيوف وتجري الصفة على المعدود دون العدد ، كقوله تعالى « سبع بقرات سمان » ٤٣ يوسف .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط) وهو التعليق (والاستثناء وهذا) توضيح لما قبله (لأن إسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته)

يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه ، إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بياناً مغيراً من هذا الوجه ، وصار كما إذا قال إلا أنهـــا وزن خمسة . ولأبي حنيفة « رح » ان هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه ، وصار كما إذا قال بعتكه معيباً . وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا،والستوقة ليست من الأثمان والبيع يرد على الثمن ، فكان رجوعاً . وقوله إلا أنها وزن خمسة

لأنها من جنس الدراهم حتى حصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم ، ولا يصير استبدالاً (والستوقه بمجـــازه) لأن الستوقة تسمى دراهم مجازاً ، والنقل من الحقيقة إلى المجاز بيان تغير ، فيصح موصولاً ومفصولاً (إلا أن مطلقه) أى مطلق إسم الدراهم (ينصرف إلى الجيـــاد) لأن أكثر النقود تكون جياد ، إلا أن بياعات الناس تكون بالجياد عادة (فكـــان بياناً مغيراً من هذا الوجه) أي من الوجه المذكور ، فلذلك شرط له الوصل (وصار) أي حكم هذا (كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة) أو ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولاً ولم يصدق إن كان مفصولاً .

(ولأبي حنيفة « رح » إن هذا رجوع ، لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب ، والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) أي موجب العقد ، لأنه إبطال بعض مـــا هو مستحق بالعقد فلا يصدق وإن وصل (وصار)أي حكم هذا (كما إذا قال بعتكه معيباً وقال المشتري بعتنيه سليماً فالقول للمشتري لما بينا) أشار به إلى قوله مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب .

(والستوقة ليست من الأثمان) أي ليست من جنس الأثمان (والبيـع يرد على الثمن فكان) أي فكان دعواه على تأويل الإدعـــاء ، يعني دعواه الستوقة (رجوعاً) عن الإقرار فلا يصح (وقوله إلا إنها وزن خمسة) هذا جواب عما استشهد به ، تقريره أنه

يصح الاستثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة ، لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار ، بخلاف ما إذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردية ، لأن الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها . وعن أبي حنيفة « رح » في غير رواية الأصول انه يصدق في الزيوف إذا وصل ، لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض ، وقد يكون زيفاً كما في الغصب . ووجه الظاهر أن

ليس ممـــا نحن فيه ، لأن قوله هذا (يصح أن يكون استثناء ، لأنه مقدار ، بخلاف الجودة ، لأن استثنـــاء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار) لأنه لا يجوز . توضيحه أن الجودة صفة فلا يصح استثناء الوصف ، لأن الصفة مما لم يتناوله وله اسم الدراهم حتى يستثني ، وإنما يثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف والعادة .

(بخلاف ما إذا قال علي كرحنطةمن ثمن عبد إلا أنها ردية لأنالرداءة نوع لاعيب) لأن العيب مايخلوعنه الفطرة السليمة والحنطة قدتكون ردية (فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها) أي عن الرداءة ، ولهذا لايصح شراء الحنطة ما لم يبين انها جيدة أو وسط أو ردية فليس في بيـــانه تغيير موجب أو لكلامه ، فيصح وصل أم فصل اذ مقتضى العقد لا يقتضي نوعاً دون نوع فلا يستحق نوع بمطلق العقد ، بخلاف الزيادة فانها عيب ، ومطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها .

(وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول) المراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويغير عنها ظاهر الرواية . وعن الأمالي والنوادر والرقيات فإنها روينات والكيسانيات بغير ظـــاهر الرواية (أنه يصدق في الزيوف إذا وصل) إذا قال لفلان علي ألف درهم قرض ، أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لايصدقه باتفـــاق الروايات (لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون) المقبوض (زيفــاً) والقرض يقضي بالمثل (كـــما في الغصب) يكون المغصوب زيفاً ، لأن الواجب فيه مثل المقبوض ، والجامع بينهما أن كلا منهـــما بوجب الضمان بالقبض (ووجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أن

التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها . ولو قال لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض، قيل يصدق بالإجماع ،لأن اسم الدراهم يتناولها ، وقيل لا يصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم . ولو قال اغتصبت منه ألفاً او قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل ، فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ، ولهذا لو جاء

التعامل) يكون بين الناس (بالجياد فانصرف مطلقه) أي مطلق القرض (إليها) أي الى الجياد فيجب عليه ذلك ثم دعواه الزيافة لا تقبل ، لأنه رجوع عما أقر به .

(ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالإجماع لأن إسم الدراهم يتناولها) أي الزيوف (وقيل لا يصدق) أي عند أبي حنيفة « رح » وصل أم فصل (لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف الى العقود لتعينهـا مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم) وهو الغصب المحرم فصار كما لو بين سبب التجارة ، وعند زفر« رح » يبطل إقراره إذا قال المقر له جياد .

(ولو قـال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل ، لان الإنسـان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد) لأن المقتضى في عقود المعـاوضة (ولا تعامل) أو في غصب الجياد ولا في إيداع الجياد بخلاف الاستقراض ، فإن المتعامل فيه بالجياد ، كذا قاله تاج الشريعة . وقال شيخ العلاء وهذا إشـارة إلى الجواب عن فصل القرض ، فإن في القرض إن لم يوجد المقتضى ، فقد وجد التعامل والنـاس يتعاملون بالجياد فينصرف إلى الجياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف إلى الجيـاد (فيكون) أي قول المقر (بيان النوع فيصح وإن فصل) وقال الشافعي وأحمد إذا فصل لم يصدق ، وهو رواية عن أبي يوسف في الغصب(ولهذا) أي

راد المغصوب والوديعـــة بالمعيب كان القول قوله . وعن أبي يوسف« رح » انه لا يصدق فيه مفصولا اعتباراً بالقرض ، إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان . ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعـــة ووصل صدق ، وإن فصل لم يصدق ، لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم ، لكن الإسم يتناولها مجازاً ، فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل وإن قال في هذا كله ألفاً ثم قال إلا انه ينقص ، كذا لم يصدق ، وإن وصل صدق ، لأن هذا استثناء المقدار

ولاجل أن لا مقتضى له في الجيـــاد (لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله) فإن الاختلاف متى وقع وصفة المقبوض فالقول للقابض ضميناً أو أميناً .

(وعن أبي يوسف رحمه الله إنـــه لا يصدق فيه) أي في الغصب (مفصولاً اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما) أى في الغصب والقرض (هو الموجب للضمان) وجوابه يعلم مما تقدم .

(ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق ، وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم حقيقة ، لكن الإسم) أى اسم الدراهم(يتناولها) أي الستوقة (مجازاً) لمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل) أى فكان مغيراً لما اقتضاه أول كلامه،لان أول كلامه يتنـــاول الدراهم صورة وحقيقة وآخر كلامه يبين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة ، وبين التفسير يصح موصولاً لا مفصولاً .

(ولو قال في هذا كله ألفاً) يعني المذكور من البيع والقرض والغصب ، صورته إذا أقر وقـــال لفلان علي ألف درهم ، أو قال أودعني ألف درهم أو قال غصبت ألف درهم أو أقرضتني ألف درهم ، أو قاضى ألف درهم (ثم قال إلا انه ينقص ، كذا لم يصدق . وإن وصل صدق لان هذا استثنـــاء المقدار) أى استثناء لبعض ما أقر به من

والاستثناء يصح موصولا ، بخلاف الزيافة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح ، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا. ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه . ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله ، لأن الغصب لا يختص بالسليم . ومن قال لآخر اخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت وقال لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن ، فإن قال اعطيتها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن . والفرق أن في الفصل الأول أقر

المقدار (والاستثناء يصح موصولاً ، بخلاف الزيافة ، لانها وصف ، واستثناء الأوصاف لا يصح ، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو) فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (تصرف لفظي) **يعني تصرف في الملفوظ لا فيما في غيره (كما بينا) انه لا يصح إلا موصولاً.**

(ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام ، فإن كان لانقطاع [1] النفس فهو واصل) يعني يصح الاستثناء اذا كان الفصل للضرورة المذكورة (لعدم إمكان الإحتراز عنه) لان الإنسان يحتاج أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم بكلام كثير بنفس واحد فجعل ذلك عفواً وعليه الفتوى ، وبه قالت الائمة الثلاثة .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله ، لان الغصب لا يختص بالسليم) وسواء وصل أم فصل (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) أى لقوله (لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن) أى المقر ضامن ، والقول للقول مع يمينه .

(ولو قال أعطيتها وديعة فقال) أى المقر له (لا بل غصبتها لم يضمن ، والفرق) بين المسألتين (أن في الفصل الأول) هو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة (أقر

---

(١) بانقطاع نفسه ـ هامش .

بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره ، فيكون القول له مع اليمين . وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب ، فكان القول لمنكره مع اليمين ، والقبض في هذا كالأخذ ، والدفع كالإعطاء . فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه . ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان، وهذا

بسبب الضمان وهو الأخذ) لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد ، وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائماً مقام الأصل (ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن) من الإبراء وهو الإذن بالأخذ (والآخر ينكره ، فيكون القول لهمع يمينه) إلاأن ينكلالمقر له عن اليمين (وفي الثاني) وفي نظر الثاني (أضاف الفعل إلى غيره) وهو المقر له (وذلك) أي ذلك الغير وهو المقر له (يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب ، فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ) يعني لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كان ضامناً ، كان إذا قال أخذتها وديعة (والدفع كالإعطاء) يعني لا يضمن المقر إدا قال دفعت إلي ألف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها ، كما لو قال أعطيتني .

(فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه فنقول قد يكون) أي القبض(بالتخلية والوضع بينيديه) وهوالجواب بطريق المنع،ثم قال بطريق التسليم(ولو اقتضى ذلك) أي وإن سلمنا انه اقتضى ذلك كل واحد من التخلية ، والموضع بين يديه قبض ثابت ضرورة يعني بطريق الضرورة فلا يظهر في انعقاد سبب الضمان (فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده) فلا يقتضي ثبوته بالضرورة يكون (سبب الضمان ، وهذا) أي وهذا الذي قلنا من ضمان المقر بالأخذ وديعة إذا قال المقر له أخذتها غصباً .

بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ، لأنهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن، إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا. فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه، فقال فلان هي لي فإنه يأخذها لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر . ولو قال أجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردها، أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده، وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله، وهذا عند أبي حنيفة « رح» . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب وهو القياس،

(بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة . وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالاخذ لأنهما توافقا هناك) أى في القرض (على أن الاخذ كان بالإذن) وهو السبب مسقط للضمان (إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فالقول للمنكر فافترقا) أي حكم الوديعة والقرض .

(فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه فقال فلان هي لي فإنه) أى فإن فلانا (يأخذها لأنه) أي لفلان وادعى استحقاقها عليه ؛ أي لأن المقر (أقر باليد له) أى لفلان (وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر . ولو قال أجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردها ، أو قال أجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله ، وهذا) أى كون القول قوله (عند أبي حنيفة رضى الله عنه) .

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب وهو القياس) وبه قالت الأئمة الثلاثة . وفي المبسوط والإيضاح وهذا كله إذا لم تكن الدابة والثوب للمقر ، أما إذا كان معروفاً فإن الدابة والثوب والدار للمقر فقال أعرته لفلان

وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان . ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح . وجه القياس مابيناه في الوديعة .وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه ، وهو المنافع فيكون عدماً فيما وراء الضرورة فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً ، بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة ، والايداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافاً باليد للمودع . ووجه الآخر أن في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة

وقبضه فالقول قوله بالإجماع (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (الإعارة والإسكان) بأن قال أعرتك داري هذه ثم رددتها علي واسكنتك داري ثم رددت، وقال الآخر داري .

(ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته، وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) احترز به عن قول بعضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالإجماع ويكون ذلك دليلا لأبي حنيفة رحمه الله ، ولكن مشايخنا رحمهم الله قالوا على الاختلاف ايضاً .

(وجه القياس ما بيناه في الوديعة) وهو قوله إن المقر أقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق عليه فوجب عليه الرد كما في الوديعة .

(وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة) بين الإجارة والوديعة أن اليد في الإجارة والإعارة (ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع ، فيكون عدماً) أي اليد (فيما وراء الضرورة فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً) أي قصداً من كل وجه (بخلاف الوديعة ، لأن اليد فيها مقصودة ، والإيداع اثبات اليد قصداً ، فيكون الإقرار به اعترافاً باليد للمودع).

(ووجه آخر) أي في الفرق (أن في الإجارة والإعارة والاسكان أقر بيد ثابتة من

من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه، حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة واختاها لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار أيضاً، وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف

جهته فيكون القول قوله في كيفيته) أي في كيفية ثبوت اليد بالطريق كان كما لو قال هذا عبدي بعته من فلان ولم يقم العبد اليه بعد فقال المقر لم اشتره كان القول قول المقر. وإن زعم الآخر خلافه (ولا كذلك في مسألة الوديعة ، لأنه قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون من غير صنعه) بأن هبت الريح وألقته في داره ، وكاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفع اليه صاحبها (حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف) المذكور (وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة واختاها) أي الإعارة والاسكان، وإنما ذكر ضمير الراجع على الإجارة على تأويل العقد احترز بهذا عن قول الإمام علي القمي فانه ذكر في الفرق انه في مسألة الوديعة أخذتها منه يلزم جزاء الأخذ الرد ، وهنا قال فردها علي فافترقا لافتراقها في الوضع. وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء (لأنه) أي لأن محمداً (ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الإقرار ايضاً) فعلم أنه ليس يدري الفرق عليه . وأما علي القمي فهو علي بن موسى تلميذ محمد بن شجاع البلخي ، وهو تلميذ الحسن بن زياد وهو تلميذ أبي حنيفة ونسبه إلى قم بضم القاف وتشديد الميم وهي بلدة معروفة بالعراق .

(وهذا) أي الذي ذكر في الاجارة واختيها (بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف

درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتهـــا منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك إنما يكون بقبض مضمون ، فإذا أقر بالاقتضاء فقـــد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أمـــا ها هنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا . ولو أقر أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هـــذه الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد ، وإنما أقر بمجرد فعل منه

درهم كانت لي عليه أو اقرضته الفاً ثم أخذتها منه وأنكر المقر لـــه حيث يكون القول قوله) أي كون المقر مع يمينه (لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك) أي قضاء الديون بأمثالها (إنما يكون بقبض المضمون) ليصير دينـــاً على الدائن ثم يتقاصان (فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليـــه من الدين مقاصة) أي ثم إدعى عليه ما يبرئه وهو المقاصة (والآخر ينكره) فكان القول للمنكر .

(أما هاهنا) يعني صورة الاجارة واختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا) أي الحكمان حكم الاقرار باقتضاء الدين وحـــكم الاجارة يوضحه أن الدين يقضي بالمثل فإذا أقر باقتضاء الدين كان مقداراً بأصل مثل حقـــه والمثل ملك المقر في الاصل، فيكون مقراً به فيرد على المقر له .وأما في صورة الاجارة فالمقبوض غير مادعى فيه هذه الاشياء فلا يكون مقراً بالملك للمقر له .

(ولو أقر أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذه الكرم) هذه مسائل المبسوط ذكرها تقريباً (وذلك كله) أي والحـــال ان ذلك كله (في يد المقر فادعاها فلان) انها له (وقال المقر لا بل ذلك كله استعنت بك) أي على الزراعة وعلى البناء وعلى الغرس (ففعلت) أي هذه الأشياء (أو فعلته بأجر فالقول للمقر) أي المقر

وقد يكون ذلك في ملك يـد المقر،وصار كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هـذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد ، ويكون القول للمقر لأنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوباً في يد المقر كذا هذا .

يده في الحال (لأنه ما أقر له) أي لفلان (باليد ، وانما أقر بمجرد فعل منـه) أي من فلان وذا لا يدل على اليد ،لان العمل قد يكون من المعين والاجير ،واحترز بقوله بمجرد الفعل ما لو أقر أن فلاناً ساكن في هذا البيت وادعى فلان البيت فانه يقضى به للساكن على المقر لأن السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن فقال إقرار باليد للغير مع الفعل وإقراره حجة عليه ، وما يثبت بإقراره كالعائن في حقة ، كذا في المبسوط .

(وقد يكون ذلك) أي الفعل في الغير (في ملك يد المقر) فإنه لا يؤمر بالرد عليه لأنه لم يقر بالقبض معه بعدما أقر بهذه الاشياء (وصار) أي حكم هذا (كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد فيكون القول للمقر ، لأنه أقر بفعل منه) وذا لا يدل على اليد (وقد يخيط) الخياط (ثوباً في يد المقر) بأن خاطه في بيت المقر فلا يثبت يد الخياط عليه (كذا هذا) أي وكذا حكم المسألة المذكورة في عدم لزوم الرد على المقر ، والله أعلم .

* * *

باب إقرار المريض

وإذا أقر الرجل في مرض موتـــه بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والديون المعروفة الأسباب مقدم ، وقـــال الشافعي « رح » دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة .

(باب اقرار المريض)

أي هذا باب في بيان حكم إقرار المريض ، وإنما أفرده بباب على حـــدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح ، وأخره لأن المرض بعد الصحة .

(قال) أي القدوري (وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة) مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة وأقر أيضا بديون غيره معلومة الأسباب (فـــدين الصحة والديون المعروفة الاسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه . وقال القاضي الحنبلي قياس من مذهب أحمـــد أن دين الصحة اولى إذا ضاق ماله عنها وهو قولنـــا ، وبه قال النخعي والثوري .

(وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهي في الحـالين (فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة) أي صار إقراره في المرض كتصرفه بالبيع والنكاح فيستوى الحالان ، وبه قال مالك رحمه الله والمزني والتهمي من أصاب أحمد وأبو ثور وأبو عبيدة . وذكر ابو عبيدة انه مذهب أهل المدينة .

ولنا أن الاقرار لايعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهـــذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث . بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل .

(ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه) أى في الاقرار (ابطال حق الغير) كما رهن أو أجر ثم أقر أنه بغيره لا ينفذ إقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به (وفي إقرار المريض ذلك) أي إبطال حق الغير (لأن حق غرماء الصحة تعلق بهـذا المال استيفاء) أى من حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والمحـاباة إلا بقدر الثلث) إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين . وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي رحمـه الله من الاستواء بين حالة الصحة وحـالة المرض ، فانه لو كانتا متساويتين لما منـع من التبرع والمحـاباة في حـالة المرض كما في حالة الصحة .

فإن قيل الاقرار بالوارث فى المرض صحيح وقد يضمن إبطال حق بقية الورثة ، أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا ، فالاستحقاق يضاف إلى أحدهما وجوبا وهو الموت ، بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت .

(بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي رحمه الله من إنشاء النكاح . وتقريره أن يقال لا يلزمنا إنشاء النكاح (لأنه من الحوائج الاصلية) والمرء غير ممنوع عنها ، لأن بقاء النفس بالتناسل ولا طريق اليـه إلا بالنكاح (وهو) أى النكاح (بمهر المثل) هو من الحوائج الاصلية وهذه جملة حالية تقريره ان النكاح من الحوائـج الاصلية حال كونه بمهر المثل والزيادة عليه باطـلة ، والنكـاح جائز .

فإن قيل لو تزوج شيخ فان رأسه جـاز ، وليس بمحتاج اليها فـلم يكن من الحوائج الأصلية . أجيب بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح الميت والعـبرة لأصل الوضع لا للحال ، فان الحال مما لا يوقف عليها .

وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة ، وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمـــال لقدرته على الاكتساب ، فيتحقق التثمير ، وهـذه حالة العجز وحالتـا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر ، بخلاف حالتي الصحة والمرض، لأن الأولى حالة إطلاق وهـــذه حالة عجز فافترقا ، وإنما تقدم المعروفة الأسباب لأنـــه لا تهمة

(وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) يعني المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرمـاء (لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة) والمالية باقية (وفي حـــال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال) هذا جواب عما يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين بالصحة لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر ، أجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق الدين بالمال (لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير) أي تثمير المال وهو تثمير ، ومنـه قولهم ثمرة ماله ، أي كثرة فإذا تحقق التثمير لم يحتج إلى تعليق حق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) أي على الاكتساب فتعلق حقهم به حذراً عن الهوى وكذا في المرض جواب عما يقال سعى إذا أقر في حـــالة المرض سائباً لا يصح لتعلق حق المقر الأول بماله كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله ، فأجاب عنه بقوله (وحالتا المرض) أي حالة أول المرض وحالة آخر المرض بعد أن يتصل بهما الموت (حالة واحدة) في حق الحجر فكانا بمنزلة إقرار واحد لما أن حـــالة الصحة حالة واحـــدة فيعتبر الإقراران جميعاً (لأنه) أي لأن المرض (حالة الحجر) عن التصرف فيما لا يجوز .

(بخلاف حالتي الصحة والمرض ، لأن الأولى) أي حالة الصحة (حـــالة إطلاق) للتصرف (وهذه) أي حالة المرض (حالة عجز)ولوقال حالة العجز لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق (فافترقا) أي المذكورين من الحكمين دين الصحة ودين المرض ، وبقى الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب فقال (وإنما تقدم المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة

في ثبوتها إذِ المعاين لا مرد له، وذلك مثل بدل مال ملكه لو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأةبمهر مثلها ، وهـــذ الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا . ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بـــه ، ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن في إيثار بعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلـــك سواء إلا إذا قضى ما استقرض

في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له) أي لأن النبي ﷺ قال المعاين لا يرد (وذلك)إشارةإلىمثال الديون المعروفه الأسباب ، فقال (مثـــل بدل مال ملكه) كالثمن في البيع والقرض (لو استهلكه) أي مثل بدل مال استهلكه (وعـــلم وجوبه) أي وجوب بدل المال المذكور (بغير إقراره) أما بالبينة أو بعلم القاضي (أو تزوج امرأة بمهر مثلهـــا) فإنه أيضاً من المعروفة الأسباب (وهذا الدين) يعني الدين وقع في مرضه على الوجـه المذكور (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) إشارة إلى قوله إذ المعاين لا مرد له كذا قاله الاترازي . وقال الاسالي لما بينا إشارة إلى قوله إنه من الحوائج الأصلية .

(ولو أقر بعين في يده لآخر) يعني إذا أقر بعين سواء كانت أمـانة أو مضمونة (لم يصح) أي إقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) وعند الشافعي رحمـــه الله ومالك وأحمد « رح » في رواية يصح لما في الدين ، وكذا يجوز عندهم أن يقضى دين بعض الغرماء به ما دون البعض بناء على أصلهم أن بسبب المرض لا يلحقه الحجر فكان فيرقبته من الدين وقضائه بالمرض والصحة سواء .

(ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض في مرضه ، لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين وغرمـــاء الصحة والمرض في ذلك سواء) إذا كانت معروفة الاسباب سواء لأن حق الكل يتعلق بالمال (إلا إذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله

في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة. قال وإذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض، لأن الإقرار في ذاته صحيح، وإنما رد في حق غرماء الصحة، فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته. قال فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره، لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته

ولا يجوز للمريض، ومعناه إذا قضى ما استقرض (في مرضه) أي حال كونه في مرضه (أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم) أي والحال انه قد علم وجوبه (بالبينة) أو بالمعاينة جاز ذلك وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره، لأنه لو لم يبطل حق الغرماء وإنما حوله من الحل إلى محل يعد له .

(قال) أي القدوري رحمه الله (فإذا [1] قضيت) على صيغة المجهول (يعني الديون المتقدمة) وهي ديون الصحة والديون اللازمة بأسباب معلومة (وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح، وإنما رد في حق غرماء الصحة) لئلا تضيع حقوقهم (فإذا لم يبق حقهم) أي حق غرماء الصحة (ظهرت صحته) أي صحة إقراره في مرضه، لأنه حينئذ كانه لم يبق دين الصحة .

(قال) أي القدوري (وإن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره) لعدم المانع (لأنه لم يتضمن) أي لأن إقراره هذا لم يتضمن (إبطال حق الغير، وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضى الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) هذا غريب لم يتصل ثبوته، وأيضاً نسبته إلى عمر غير صحيح، وإنما هو عن ابن عمر رضى الله عنه لأنه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر رضي الله عنه

---

(١) وإذا – هامش .

ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ، ولهذا يقدم حاجته في التكفين . قال ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية ورثته . وقـــال الشافعي « رح » في أحد قوليه يصح ، لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه ، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر

وكذلك روى في الأصل جده محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبدالله الغرمي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه انه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز ، وإن أحاط ذلك بماله وزاد على ذلك الأترازي . وأما الكمال وشيخه الكاكي فقد مشيا على ما هو المذكور في الهداية ولم ينبه أحد منهما على ما قلنا (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) الحاجة (ولهذا يقـــدم حاجته في التكفين) والتجهيز على الإرث .

(قال) أي القدوري (ولو أقر المريض لوارثه) بدين أو غيره (لا يصح ، إلا أن يصدقه فيه) أي في إقراره ببينة الورثة (بقية ورثته) وبه قال أحمد ، وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم بن سالم وأبو هاشم والشافعي في قول .

(وقال الشافعي في أحد قوليه يصح) وهو الأصح ، وبه قـــال أبو ثور ، وهو قول عطاء والحسن البصري . وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبطـل ازاءهم كمن لم يثبت ، وابن عمر فاقر لابيبنة لم [1] يقبل . ولو أقر لابن عمه قيل واختاره الروماني من أصحاب الشافعي « رح » لفساد الزمان . وقال مـــالك لو أقر لأجنبي لا يصح في رواية إذا كان متهماً بأن الأجنبي صديقاً له ملاطفاً ، والمقر يورث كلالة (لأنه) أي لأن الإقرار (إظهـــار حق ثابت) يعني اخبار عن حق لازم عليه (لترجيح جانب الصدق فيه) أي في هذا الإقرار لأن حال المريض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق ، فكان كحال الصحة ، بل أدل فلا أثبت الحجر عن الإقرار به (وصار) أي حـكم هذا (كالإقرار لأجنبي وبوارث

---

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل .

وبوديعة مستهلكة للوارث . ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ، ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ، ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين . ولأن حالة المرض حالة الإستغناء ، والقرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة ، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع النـــاس عن المعاملة معه ،

آخر) نحو أن يقر المجهول النسب انه يصح وأن يضمن وصول شيء من التركة اليـــه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح.

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين) هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن إبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد رحمهم الله عن أبيه قال ، قـــال رسول الله ﷺ لا وصية ... إلى آخره ، وهو مرسل . ونوح بن دراج ضعيف نقل عن أبي داود انه قال إبان يضع الحديث . وقـــال الأترازي ولنا حديث الدارقطني وساقه إلى آخره ولم يقف على حاله ، وكذا قال الأكمل. ولنا قوله عليه السلام ... الحديث ، ثم قال وهو نص في الباب لكن شمس الأئمـة قال هذه الزيادة غير مشهورة ، يعني قوله والاقرار له بدين ، والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما وقد مر عن قريب (ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا) أي ولاجـل تعلق حق الورثة بماله في مرضه (يمنع من التبرع على الوارث أصلا) مثل الوصية والهبة (ففى تخصيص البعض به) أي التبرع (إبطال حق الباقين ، ولان حـــالة المرض حالة الاستغناء) أي عن المال لظهور آثار الموت فيه (والقرابة سبب التعلق) أي سبب تعلق حقهم بماله .

(إلا أن هذا التعلق لم يظهر فى حق الاجنبي لحاجته إلى المعاملة فى الصحة) أي فى حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) أي مـع

وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً ثم هذا التعليق حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره ، فإن أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله لما بينا. والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث ، لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي ، لأن الثلث بعد الدين ثم ، وثم حتى يأتي على الكل . قال ومن أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره له ، فإن أقر لأجنبية ثم

المريض (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) هذا جواب عما يقال الحاجة موجودة فى حق الوارث أيضاً لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث ، فأجاب عنه بقوله وقل ما يقع المعاملة مع الوارث . اعلم إن قل فعل دخلت عليه كلمة ما ومعناه إخبار عن وقوع هذا الفعل بقلة ، ووجه ذلك كان البيع للإسترباح ، والاسترباح مع الوارث لانه يستحى من المماكسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أي هذا التعليق (فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً) أي بقاء نسله والاقرار بالنسب بفعل ، لانه من الحوائج الاصلية ، ولان فيه حمل النسب على نفسه وصح ، وإذا ثبت النسب ثبت الميراث ضرورة .

(ثم هذا التعليق حق بقية الورثة ، فاذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره) وهذا ظاهر (وإن أقر الاجنبي جاز وإن أحاط) أي إقراره (بماله لما بينا) أشار به إلى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه (والقياس أن لا يجوز إلا فى الثلث ، لان الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره فى الثلث كان له التصرف فى ثلث الباقى ، لانه الثلث بعد الدين) محل التصرف فينفذ الاقرار فى الثلث الثاني (ثم وثم حتى يأتي على الكل) هكذا ذكر فى الايضاح ايضاً .

(قال) أى القدوري « رح » (ومن أقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره له ، فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها) وبه قال أحمد والشافعي « رح » في قول لايصح

تزوجها لم يبطل إقراره لهـــا . وجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق ، فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ، ولا كذلك الزوجية ، لأنها تقتصر على زمان التزوج فبقي إقراره لأجنبية. قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه لأنهم متهمان فيه لقيام العـــدة ، وباب الاقرار مسدود للورثة ، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فثبت

إقراره للوارث ، وبه قال أحمد في الأصح والشافعي في القديم ومالك ، واختاره الروياني وأبو إسحاق من أصحابه . وقال في الجديد وهو الأظهر في مذهبه وأحمـــد في رواية (لم يبطل إقراره لها . وجه الفرق) أي بـين المسألتين (أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق ، فيتبين أنه أقر لابنه فلا يصح) معناه أن النسب إذا ثبت يثبت مستنداً إلى وقت العلوق ، فيتبين بثبوت النسب أن إقرار المريض وقـع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجية لأنها) أي لأن الزوجية (تقتصر على زمان الـتزوج) قضاه إذا ثبتت الزوجية تثبت مقتصرة على زمان العقد (فبقى إقراره لأجنبية) فلا يبطل . وفي قول زفر رحمه الله يبطل الإقرار لها بالدين ، بخلاف الزوجية .

(قال) أي القدوري (ومن طلق امرأته) وفي نسخة زوجته (في مرضه ثلاثاً ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها) أي من الزوج (منه لأنها متهمان فيــه لقيام العدة وباب الإقرار مسدود للورثة ، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح) لأن هــذا إذا كانت موقتة قبل انقضاء العدة فان مات مثلاً جاز (إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فثبت) أي أقل الأمرين . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وبحاص غرماء الصحة . ولو أقرت في مرضها بقبض المهر من زوجهـــا لم تصدق . وفي الفتاوى الصغرى المريضة إذا أقرت

فصـــل

ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضاً ، لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره بـــه وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر

باستيفاء مهر فإن ماتت وهي منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها ، وإن ماتت غـــير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح والله أعلم .

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان الاقرار بالنسب ولعلته بالنسبة إلى الاقرار بالمال آخر ذكره.

(ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه) أي مثل هـــذا الغلام فولد لمثل هذا الرجل لئلا يكون مكذباً في الظاهر (وصدقه الغلام ثبت نسبه منه) أي فيما إذا كان الغلام يعبر عن نفسه ، أما إذا كان لا يعبر عن نفسه يثبت نسبه منـــه بدون تصديقه،وهذان شرطان شرطهما القدوري لأن المسألة من مسائله في مختصره ،وسيذكره المصنف (وإن كان مريضاً) واصل بما قبله أي وإن كان المقر مريضاً (لأن النسب ممـــا يلزمه خاصة) لأنه حمل النسب على نفسه لا على غيره (فيصح إقراره به) لأن النسب مما يحتاط فيه (وشرط) أي القدوري (أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر) وعند الشافعي وأحمد لا يشترط تصديقه وتكذيبه إذا لم يكن مكلفـــاً كالصغير والمجنون عبر عن نفسه أو لا .

وفي الكبير يشترط تصديقه . وقـــال مالك لا يشترط تصديقه إذا لم يكذبه الحسن أو الشرع سواء كان كبيراً أو صغيراً وإن كذبه الحسن بأن يكون لا يولد مثله لئلا يثبت نسبه بلا خلاف . وقال مالك أيضاً لو كذبه العرف بأن يتيقن الناس بأنه ليس بولده كما إذا كان الغـــلام سندياً والرجل فارسياً لا يثبت نسبه ولا يكون الغلام حراً ذكره في الجواهر .

وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنـــه يمنع ثبوته من غيره .
وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسألة ووضعها في غلام
يعبر عن نفسه ، بخلاف الصغير على مـــا مر من قبل ولا يمتنع
بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية ويشارك الورثة في الميراث
لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثتـــه .
قال ويجوز إقرار الرجـــل بالوالدين والولد والزوجة والمولى
لأنـه أقر بما يلزمه وليس فيـه تحميل النسب على الغـير ويقبـل
إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينـــا ولا يقبل بالولد
لأن فيه تحميل النسب

(وشرط) أي القدوري أيضاً (أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنـع ثبوته من غيره ، وانما شرط) أي القدوري (تصديقه) أي تصديق الغلام (لأنه في يد نفسه إذ المسألة ووضعها في غلام يعبر عن نفسه ، بخلاف الصغير على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى في قوله ، وإن كان الدعوى الصبي في يديهما (ولا يمتنع بالمرض) أي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لأن النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث ، لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته .)

(قال) أي القدوري (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى ، لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغـــير) كل ذلك يجوز بالشرائط المذكورة ، ويشترط أن يصدقه الأب والأم إذا كانا عاقلين ، وفي هذا إجماع لا خلاف فيـــه ، وإنما أطلق المولى ليشتمل الأعلى والاسفل جميعا (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) وهو أن موجب الاقرار يثبت لهما بينهما بتصادقهما وليس فيه حمل الغيب على الغير ويشترط ان تكون المرأة خالية عن الزوج وعدته ،ولا يكون تحت المقر له بالزوجية اختاً وأربع سواها (ولا يقبل بالولد) أي ولا يقبل إقرار المرأة بالولد (لأن فيه تحميل النسب

على الغـــير وهو الزوج لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لان الحق له أو تشهد بولادته قابلة، لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق. وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى ولا بـــد من تصديق هؤلاء، ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت، وكذا يصح تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق وكـــذا يصح تصديق الزوج بعد موتها، لان الارث من أحكامه. وعند أبي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت، ولهذا لا يحل له غسلها عندنا

على الغير وهو الزوج، لأن النسب منه) أي من الزوج (إلا أن يصدقها الزوج، لأن الحق له أو تشهد بولادته قابلة، لأن قول القابلة في هذا مقبول، وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب عند قوله فإن حجة الولادة بشهادة امرأة واحدة تشهد بولادة حتى لو نفاه الزوج اللاعن (وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) فهو عند قوله وإذا ادعت امرأة صبياً انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة.

(ولا بد من تصديق هؤلاء) بلا خلاف لأنه في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم (ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر، لأن النسب يبقى بعد الموت) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري معناه أن المقر بالنسب اذا كان يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لأنه في يد نفسه، فإذا صدق في حال حياة المقر صح، فكذا إذا صدق بعدموته لبقاء النسب بعد المات.

(وكذا يصح تصديق الزوجة) أي زوجها في إقراره بالنكاح بعد موته (لأن حكم النكاح باق) أي بعد الموت وهو العدة، وهذا بالاتفاق (وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها) أي وكذا يصح تصديق زوج المرأة بعد موتها اذا أقرت بالنكاح، وهذا عند أبي يوسف ومحمد « رح » حتى يجب عليه مهرها وله الميراث منها (لأن الارث من أحكامه) أي من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة (وهذا) أي تصديق الزوج بعد موتها (عند أبي حنيفة لا يصح، لأن النكاح انقطع بالموت، ولهذا لا يحل له غسلهاعندنا)

ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لأنه معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار . قـال ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب ، لأن فيه حمل النسب على الغير ، فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له ، لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف، وإن

حق يجوز له أن يتزوج اختها وأربعاً سواها (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث)هذا جواب عما يقال على وجه الايراد على قول أبي حنيفة وهو أن يقال سلمنا أن تصديق الزوج في إقرار الزوجة بعد موتها لا يصح نظراً إلى انقطاع حكم التزوج بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا خلافاً للشافعي ، ولكن لا يجوز تصديق الزوج إياها بعد موتها على اعتبار الارث ، لأن التصديق إذا ثبت يستند إلى اول الاقرار ، وفي تلك الحالة لا يوجد الارث لأنه لا يتحقق إلا بعد الموت ، وهو معنى قوله (لانه) أي لان الارث (معدوم حالة الاقرار ، وانما يثبت) أي الارث (بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) وفي هذه الحالة لم يوجد الارث كما ذكرنا .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب) وان صدق المقر له بالنسب لا بد له من البينة ، كذا في التحفة (لأن فيه) أي لأن في هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) لأن في إقراره بالاخ يكون حمل النسب على الأب ، وفي إقراره بالعم يكون حمل النسب على الجد (فان كان له) أي لهذا المقر بالأخ أو بالعم (وارث معروف قريب) كصاحب الفرض أو العصبة (أو بعيد) كذي رحم (فهو أولى بالميراث) أي بميراث هذا المقر إذا مات كان أولى (من المقر له) بالأخ أو بالعم .

(لأنه لما لم يثبت نسبه) أي نسب المقر له (منه لا يزاحم الوارث المعروف ، وإن

لم يكن لـــه وارث استحق المقـر له ميراثه ، لان له ولايـة التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ، ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير ، وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى لـــه ثلث المـال ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر في مرضـــه بأخ وصدقـــه المقر له ثم أنكر المقر قرابته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له . ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال ، لأن رجوعـــه

لم يكن له وارث استحق المقر له) وهو الاخ أو العم (ميراثه ، لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث) فيتصرف بما شاء ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه) أي بجميع ماله ، فإذا كان كذلك عند عـدم الوارث فيستحق المقر له المـــذكور (وإن لم يثبت نسبه منه لمـــا فيه من حمل النسب عـــلى الغير وليست هذه وصية حقيقية) بيان هذا أن المقر له المذكور إذا لم يكن وارثاً كان له أن يتصرف في ماله بما شاء حتى يجوز له ان يوصي بجيع ماله ، فإذا أقر بمالا يثبت نسبه صار كأنه أقر من حبه تصرف ماله فكأنه اوصى له به ، وليس هــذا بوصية في الحقيقة اوضح ذلك بقوله :

(حتى أن من أقر بأخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال . ولو كان الاول) أي الاقرار بالاخ (وصية لا مشتركا) أي الاخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله وليست هـــذه وصية حقيقة ، أي لكن الاقرار بنسب الاخ أو العم (بمنزلته) أى بمنزلة الوصية بدليل صحة الرجوع ، ولو لم يكن بمنزلة الوصية لما صح الرجوع ثم اوضح ذلك أيضاً بقوله :

(حتى لو أقر في مرضة بأخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ،ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له) بالجميع (ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال ، لان رجوعه

صحيح، لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار . قال ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا ويشاركه في الميراث، لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه والإشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق . قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون، لأن هذا إقرار بالدين على الميت، لأن الإستيفاء إنما يكون بقبض مضمون،

صحيح ، لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار) وينبغي ان يعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه ، فاذا ثبت النسب لا يصح الرجوع بعد ذلك ، لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن مات أبوه وأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) وهو أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه في الميراث) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله ، وأكثر أهل العلم ، وقال الشافعي رحمه الله لا يشارك في الإرث لعدم ثبوت النسب ، وحكى ذلك عن ابن سيرين (لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ، ولا ولاية له عليه ، والإشتراك في المال ، وله فيه ولاية فيثبت كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق) يقبل إقراره بالعتق ولا يقبل إقراره ، أي في عدم الرجوع بالثمن، لكن لا يعتبر في حق الرجوع بالثمن على البائع ، وهو معنى قوله (لم يقبل إقراره عليه ، حتى لا يرجع عليه بالثمن ، ولكنه يقبل في حق العتق) حتى يعتق عليه .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون ، لأن هذا إقرار بالدين على الميت، لأن الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) لأن الديون تقضى بأمثالها

فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا . غاية الآمر أنهما تصادقـــا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور

(فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا) قال الأترازي احترز عن قول ابن أبي ليلى ، فإن عند هلاك الدين تسبب الإقرار ليستتبع في النصين. وقال الكاكي رحمه الله قوله كما هو المذهب عندنا ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول . وقال الشافعي « رح » في قول وأحمد رحمه الله يلزمه نصف الدين ، وهو قياس مذهب مالك رحمه الله وبه قال النخعي والحسن والحكم واسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور.

(غاية الأمر) هذا جواب عما يقال أن زعم المقر يعـارضه زعم المنكر ، فإن في زعمه أن المقبوض عن التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض،فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر له ، أي نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما . فاجاب بقوله غاية الأمر (انهما) أي المقر والمكذب (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ، لكن المقر لورجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم) لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً ، وله تمـــام الخمسين بسبب سابق قبل القرض ، وقد انتقض القرض في هذا المقدار (ورجـــع الغريم على المقر) لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث (فيؤدي إلى الدور) .

تمّ الجزء الثامن من البناية في شرح الهداية

ويليه الجزء التاسع مبتدئاً بكتاب الصلح

فهرس الجزء الثامن

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة